

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria

Dottorato di Ricerca in
Diritto Penale Italiano, Comparato e Internazionale
XXV Ciclo

OMISSIONE IMPROPRIA E REATO ECONOMICO.
LA RESPONSABILITÀ PER OMESSO IMPEDIMENTO DEL
REATO ALTRUI

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Francesco VIGANO'

Tutor:

Chiar.mo Prof. Carlo Enrico PALIERO

Tesi di dottorato di
Alex INGRASSIA
Matr. n. R08582

Anno accademico 2012-2013

Ad Emanuela

INDICE

CAPITOLO I - L'OMESSO IMPEDIMENTO DEL REATO ECONOMICO ALTRUI: IL PIANO DELLA RICERCA.....	5
CAPITOLO II - IL FONDAMENTO DOGMATICO DELL'IMPUTAZIONE PER OMESSO IMPEDIMENTO DEL REATO ALTRUI	9
1. Il fondamento dogmatico dell'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina tradizionale: il concorso omissivo nel reato altrui.....	9
2. La critica di Fiandaca alla dottrina tradizionale: la necessaria equivalenza tra agire ed omettere esclude l'applicazione congiunta degli artt. 40 cpv. e 110 ss. c.p.....	13
3. La tesi della Risicato: il concorso omissivo nell'altrui reato commissivo come interferenza tra forme di manifestazione del reato ..	15
4. L'omesso impedimento del reato altrui nella prospettazione di Bisori: un'ipotesi speciale di concorso di persone nel reato.....	18
5. La tesi della Massaro: l'evento di cui all'art. 40 cpv. c.p. come evento giuridico.....	20
6. Il fondamento dogmatico dell'omesso impedimento del reato altrui: un'analisi critica delle tesi prospettate ed una proposta interpretativa.	21
CAPITOLO III - I TIPI GIURISPRUDENZIALI DI CONCORSO NEGATIVO NEL REATO COMMISSIVO ALTRUI: LE FATTISPECIE CLASSICHE.....	25
1. La capacità espansiva del paradigma dell'omesso impedimento del reato altrui: i diversi tipi giurisprudenziali in relazione alle fattispecie classiche	25
2. L'omesso impedimento doloso dell'evento morte o lesioni cagionato volontariamente da altri soggetti: la riconduzione al reato omissivo improprio monosoggettivo.....	26
3. L'obbligo di impedire il reato altrui come <i>dovere specifico</i> e quale <i>dovere funzionale</i>	29
4. Il concorso negativo a titoli eterogenei: le ragioni della dottrina e la posizione della giurisprudenza.....	33

**CAPITOLO IV - L'OMESSO IMPEDIMENTO DEL REATO ECONOMICO ALTRUI
COME PARADIGMA (PRETORIO) DELL'ILLECITO PENALE NELLA SOCIETÀ DEL
RISCHIO45**

1. Ambientamento: l'omesso impedimento del reato economico altrui 45
2. Il successo giurisprudenziale dell'omesso impedimento del reato economico altrui: "non solo c'è bisogno di responsabilità, ma anche di colpevoli"48
3. L'omesso impedimento del reato altrui come incarnazione pretoria di un nuovo modello d'imputazione propria del diritto penale economico?51
4. Le direttrici di un tentativo di invertire la rotta: il ritorno alla sequenza legalità-tipicità-colpevolezza54

**CAPITOLO V - LE CARATTERISTICHE DI CONTENUTO E DI FONTE
DELL'OBBLIGO GIURIDICO DI IMPEDIRE IL REATO ECONOMICO ALTRUI: IL
PRIMO LIMITE AL "TIPO APERTO"58**

1. Le ricostruzioni dogmatiche dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Profili critici.....58
2. L'emersione delle criticità dogmatiche nella giurisprudenza di legittimità: la creatività giudiziale nell'individuazione degli obblighi giuridici di impedimento63
3. Il tentativo di una diversa ricostruzione: il ruolo tipizzante dell'evento, dell'obbligo giuridico e dell'equivalenza sanzionatoria.....66
4. Il requisito di fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e la riserva di legge68
5. Il requisito contenutistico dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e i principi di precisione, tassatività e determinatezza.....71
6. La tesi di Nisco. Critica: l'insostenibilità di un obbligo giuridico di impedire l'evento fondato su un *Organisationspflicht*73
7. I confini dell'obbligo giuridico di impedire il reato altrui in capo agli amministratori esecutivi o privi di deleghe76
8. La configurabilità in capo ai sindaci di un obbligo di impedire i reati degli amministratori82

9. I membri dell'organismo di vigilanza: l'insussistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento in mancanza di una disposizione idonea ad integrare l'art. 40 cpv. c.p.87

CAPITOLO VI - LA FUNZIONE SELETTIVA DEI POTERI IMPEDITIVI: IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA ISTANZE DI PREVENZIONE GENERALE E DI LEGALITÀ-COLPEVOLEZZA96

1. I termini del problema: la duplice dicotomia tra poteri direttamente *vs* indirettamente impeditivi e nominati *vs* innominati96

2. Poteri nominati *vs* innominati dei controllori societari: la discrasia tra dottrina e giurisprudenza100

3. La capacità impeditiva del potere: la spaccatura in dottrina e la tesi rigorista della giurisprudenza104

4. Il problema della prova del nesso causale nella giurisprudenza di legittimità109

5. I poteri (nominati ed impeditivi) attribuiti agli amministratori.....114

6. Le condotte tipiche di concorso negativo dei sindaci nel reato degli amministratori117

CAPITOLO VII - LA FUNZIONE SELETTIVA DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO DOLOSO: DAL DOLO ALLA COLPA E RITORNO121

1. Introduzione: le tentazioni di "rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo"121

2. L'equivalenza tra conoscenza e conoscibilità e la scomparsa della volizione: il "tramonto del dolo"124

3. Il primo passo verso il ritorno al dolo: la concreta percezione di segnali perspicui e peculiari nella decisione Bipop Carire128

4. Il dolo dei controllori come conoscenza e volontà del reato economico altrui nella decisione c.d. Credito Commerciale Tirreno132

CAPITOLO VIII - CONCLUSIONI (PROVVISORIE) E ULTERIORI PROFILI DI RICERCA PER RIDARE SELETTIVITÀ ALL'IMPUTAZIONE PER OMESSO IMPEDIMENTO DEL REATO ECONOMICO ALTRUI140

1. Sintesi dei risultati: il percorso sperimentato per ridare selettività all'imputazione per omesso impedimento del reato economico altrui 140

2. I profili di ulteriore ricerca: il ruolo del capo d'imputazione e la sussunzione dell'omesso impedimento colposo del reato altrui nel delitto di bancarotta semplice per inosservanza degli obblighi di legge	145
BIBLIOGRAFIA.....	148

CAPITOLO I

L'OMESSO IMPEDIMENTO DEL REATO ECONOMICO ALTRUI: IL PIANO DELLA RICERCA

La possibilità di rimproverare penalmente ad un soggetto di non aver impedito un reato altrui, anche privo d'evento naturalistico, è un dato indiscutibilmente acquisito nell'esperienza giurisprudenziale.

Da un canto, infatti, le prime decisioni che ammettono la possibilità di una tale forma di imputazione possono farsi risalire ai primi anni di applicazione del codice Rocco¹ e non hanno mai trovato alcuna smentita nelle decisioni di legittimità.

Sotto altro profilo, l'imputazione è tanto radicata nella prassi che raramente è messa in discussione dalle difese degli imputati e, anche quando ciò avviene, come in una recentissima vicenda processuale², il Giudice di legittimità, per tutta risposta alle doglianze di parte, non affronta nemmeno nel merito l'argomento, limitandosi a rilevare che «la dottrina prevalente – senza avere la pretesa di illustrare in questa sede "i tenaci argomenti, teorici e pratici" adottati – è nel senso di ritenere configurabile il concorso omissivo, rispetto a tutti i reati: di evento e di mera condotta, a forma libera e vincolata, e ciò, essenzialmente, in base alla combinazione dell'art. 40 c.p., comma 2, e art. 110 c.p. (...). Ciò posto, che l'obbligo di impedire i reati (...) sia idoneo a determinare fattispecie concorsuali, rappresenta un dato ormai certo, almeno secondo l'insegnamento della dottrina e della giurisprudenza prevalenti, dal quale il Collegio non intende discostarsi, condividendolo»³.

¹ Paradigmatica in tal senso Cass. pen., 1 febbraio 1935, Ferruccio, in *Giust. pen.*, 1937, II, pp. 932 ss. e in *Riv. dir. pen.*, 1935, p. 321 ss. che ha riconosciuto la responsabilità del padre per non avere impedito l'omicidio del figlio.

² Vicenda decisa in sede cautelare da Cass. pen., Sez. I, 23 settembre 2013, n. 43273 in *Leggi d'Italia*.

³ *Ibidem*, corsivi aggiunti.

La stessa “dottrina prevalente”⁴, richiamata – per così dire – solo *per relationem* dalla Cassazione, pur ritenendo senz’altro possibile un rimprovero per aver omesso di impedire il reato altrui, non rimanda una fisionomia univoca del fondamento del paradigma ascrittivo, potendosi individuare almeno due macro-impostazioni: la prima, minoritaria, che ritiene sufficiente ai fini dell’imputazione del reato altrui il richiamo al solo art. 40 cpv.⁵, la seconda, maggioritaria, che afferma la necessaria applicazione congiunta della citata disposizione con la disciplina del concorso di persone nel reato⁶.

Ciò che, invece, unanimemente tale “dottrina prevalente” afferma è l’esigenza di introdurre correttivi all’impostazione troppo rigorista della giurisprudenza, che rischia di pervenire a forme occulte di responsabilità da posizione o per fatto altrui⁷. Proprio tali rischi hanno portato alcuni studiosi a negare radicalmente la possibilità, *de iure*

⁴ Ampiamente condivisa in dottrina la possibilità di ipotizzare una responsabilità per omesso impedimento del reato altrui. Si vedano, tra gli altri: L. Bisori, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1340 ss.; A. Crespi, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Jus*, 1957, pp. 161 ss., ora in *Id*, *Studi di diritto penale societario*, ed. II, Milano, 2010, pp. 75 ss.; A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, Firenze, 1985, pp. 205 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, pp. 327 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pp. 122 ss.; A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, pp. 245 ss.; A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del mercato*, Bologna, 2009, pp. 189 ss.; F.C. Palazzo, *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema “delicati”*, in *Studium iuris*, 1996, pp. 1108 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, pp. 58 ss.; P. Semeraro, *Il concorso mediante omissione nel reato*, in *Ind. pen.*, 2006, pp. 584 ss.; O. Vannini, *Concorso nel reato mediante omissione*, in *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milano, 1952, pp. 295 ss.; S. Vinciguerra, *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio (in tema di concorso del custode alla sottrazione di cose pignorate commessa dal proprietario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pp. 311 ss.

⁵ Per tale impostazione, seppur per ragioni differenti ed impostazioni difformi, L. Bisori, *L’omesso impedimento*, cit., pp. 1339 ss. e A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., pp. 245 ss., saranno oggetto di specifica analisi quanto al loro fondamento *infra* cap. II.

⁶ Si tratta della posizione assunta da tutta la dottrina citata alla nota n. 4, eccezion fatta per le posizioni di Bisori e Massaro.

⁷ Si riferiscono ad una forma occulta di responsabilità da posizione G. Contento, *Interpretazione estensiva e analogia*, in A. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, pp. 18-19; M. Pelissero, *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, 2010, pp. 359 ss.

condito, di un'imputazione per aver omesso di impedire un reato altrui, se non nelle ipotesi di delitti d'evento a forma libera in cui l'illecito penale altrui costituisce la condotta che cagiona l'evento tipizzato nella fattispecie⁸.

In tale quadro, la presente ricerca mira dapprima (cap. II) ad evidenziare le ragioni che la dottrina ha posto a fondamento della possibilità di configurare un concorso negativo nel reato altrui, mostrandone le possibili criticità.

Analizzato, quindi, il retroterra dottrinale su cui la giurisprudenza ha legittimato (implicitamente o esplicitamente) le proprie decisioni di condanna, si mostrerà cursoriamente l'espansione che il paradigma dell'omesso impedimento del reato altrui ha avuto nella prassi, scandendo le fasi (in un'ottica sincronica) di specificazione in più modelli di tale paradigma, arrivato a ricomprendere l'imputazione del reato non impedito a titoli eterogenei⁹ tra garante e autore dell'illecito e l'ascrizione, a titolo di omissione impropria, di un delitto altrui di mera condotta.

Nel prosieguo (cap. III), si concentrerà l'attenzione sull'applicazione di tale paradigma imputativo ai reati economici (con particolare riferimento ai delitti societari e fallimentari). Tale campo criminologico si ritiene particolarmente fecondo perché offre senz'altro la più ricca casistica giurisprudenziale e la più cospicua elaborazione dottrinale in punto di omesso impedimento del reato altrui.

In quest'ambito, in prima battuta si analizzeranno le ragioni dell'indubbio successo prasseologico del paradigma imputativo, cercando, però, di valutare se tale affermazione non trovi le sue ragioni

⁸ Per tale prospettazione si vedano G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pp. 181 ss.; L. Riscato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, *passim*; T. Vitarelli, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 195-198 e F. Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012, pp. 272 ss., che accedono alle tesi dei due Autori citati in precedenza.

⁹ L'espressione "concorso di persone con coefficiente psicologico eterogeneo" si deve a P. Aldrovandi, *Concorso nel reato colposo e diritto penale d'impresa*, Milano, 1999, p. 94.

(o alcune di esse), in un impoverimento dei connotati oggettivi e soggettivi dell'illecito ascritto al garante.

In seguito, si vaglieranno i tratti principali che disegnano il rimprovero penale per omesso impedimento del reato economico altrui, ovvero il fondamento dell'obbligo giuridico (cap. IV), i poteri impeditivi in stretta relazione con l'accertamento del nesso causale tra condotta ed evento (cap. V) e il dolo (cap. VI).

Se un'attenzione privilegiata verrà dedicata alle figure degli amministratori non esecutivi e dei sindaci, trattandosi dei controllori a cui tipicamente si rimprovera di non aver impedito reati societari o fallimentari da altri commessi nell'ente in cui rivestono il ruolo di garanti, non di meno, su specifici aspetti, si guarderà alla posizione dei membri dell'organismo di vigilanza di cui al D.Lgs. 231/2001, soggetti ad oggi non annoverati dalla giurisprudenza tra i controllori tenuti, sotto minaccia di pena, ad impedire condotte illecite altrui.

Deve essere chiarito, già da questa introduzione, che non si cercherà di dare un quadro complessivo del reato omissivo improprio né si offrirà una specifica trattazione per ruoli societari del tema dell'omesso impedimento del reato altrui, oggetto di ampie opere monografiche¹⁰; si proverà, invece, a fare emergere singoli profili critici dell'impostazione giurisprudenziale ai problemi, cercando di offrire soluzioni (realistiche) agli (eventuali) aspetti di maggiore frizione del paradigma imputativo con lo statuto costituzionale del diritto penale.

¹⁰ Il riferimento necessario sono le opere monografiche di F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009; A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit.; N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit.

CAPITOLO II

IL FONDAMENTO DOGMATICO DELL'IMPUTAZIONE PER OMESSO IMPEDIMENTO DEL REATO ALTRUI

SOMMARIO: 1. Il fondamento dogmatico dell'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina tradizionale: il concorso omissivo nel reato altrui. – 2. La critica di Fiandaca alla dottrina tradizionale: la necessaria equivalenza tra agire ed omettere esclude l'applicazione congiunta degli artt. 40 cpv. e 110 c.p. – 3. La tesi della Risicato: il concorso omissivo nell'altrui reato commissivo come interferenza tra forme di manifestazione del reato. – 4. L'omesso impedimento del reato altrui nella prospettazione di Bisori: un'ipotesi speciale di concorso di persone nel reato. – 5. La tesi della Massaro: l'evento di cui all'art. 40 cpv. c.p. come evento giuridico. – 6. Il fondamento dogmatico dell'omesso impedimento del reato altrui: un'analisi critica delle tesi prospettate ed una proposta interpretativa.

1. Il fondamento dogmatico dell'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina tradizionale: il concorso omissivo nel reato altrui

L'impostazione dogmatica tradizionale e maggioritaria riconosce la possibilità di imputare l'illecito altrui solo attraverso l'applicazione congiunta dell'art. 40 cpv. c.p. con la disciplina del concorso di persone nel reato e, in particolare, con gli artt. 110 e 113 c.p.¹¹.

In effetti, la dottrina prevalente¹² ammette che l'art. 40 cpv. possa combinarsi solo con fattispecie incriminatrici di evento a forma libera¹³. L'argomento, costantemente richiamato a sostegno di tale assunto, che assegna un confine applicativo ristretto alla previsione, è la collocazione

¹¹ Vanno ascritte a tale impostazione dogmatica le tesi proposte dagli Autori già citati al cap. I, par. 1, nt. 4.

¹² Si tratta di un'impostazione assai risalente: si vedano, in particolare, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1972, p. 359; F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 114; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 38; G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 137.

¹³ Una posizione in parte dubitativa, che apre alla possibilità di ritenere oggetto della formula di equivalenza anche i delitti d'evento a forma vincolata è espressa da G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., 2012, pp. 214-215.

stessa della clausola di equivalenza nella disposizione sul nesso causale¹⁴.

Parallelamente, è pacifico tra gli studiosi¹⁵ che il contributo concorsuale debba avere carattere commissivo, tanto che la mera connivenza è considerata atipica¹⁶.

Tali confini rispetto all'espansione della punibilità vengono superati attraverso l'applicazione congiunta delle due disposizioni: nel concorso omissivo nel reato altrui (40 cpv. + 110 c.p.) il contributo concorsuale può consistere in una mera inerzia e l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire può acquisire la fisionomia di un reato di mera condotta¹⁷.

Sottolinea Grasso: «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»¹⁸.

¹⁴ Sottolinea G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 137, «l'equiparazione tra omesso impedimento e causazione di un evento può avere un senso solo per quelle fattispecie criminose nelle quali l'evento appartiene al *Tatbestand*. Tale conclusione, del resto, trova una conferma nel "rapporto di causalità", che, seppure criticabile (...), è un indice di una delimitazione dell'ambito operativo delle fattispecie omissive improprie».

¹⁵ Per tutti, G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 426 e G. Grasso, *Commento sub art. 110*, in M. Romano-G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., 2012, pp. 188 ss. Più complessa è l'individuazione di quali criteri si debbano utilizzare per definire un'azione o un'inazione del concorrente nel reato come omissiva o commissiva: sul punto N. Selvaggi, *La tolleranza del vertice d'impresa tra "inerzia" e "induzione al reato. La responsabilità penale ai confini tra commissione ed omissione*, Napoli, 2012.

¹⁶ Si veda sul *limes* tra connivenza e induzione al reato N. Selvaggi, *La tolleranza del vertice*, cit., *passim*.

¹⁷ Basti considerare proprio la posizione di uno degli Autori citati tra i sostenitori dell'operatività limitata dell'art. 40 cpv. ai soli reati d'evento a forma libera ovvero G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 139, per cui «Questa prima provvisoria conclusione (applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p. ai soli reati di evento) deve essere però modificata con riguardo al fenomeno della partecipazione omissiva al reato commesso da altri».

¹⁸ Così G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 140.

L'ammissibilità di una tale forma di concorso troverebbe i propri referenti normativi principali in tre disposizioni: gli artt. 138 c.p.m.p., 57 e 116 c.p. In altre parole, dalle predette disposizioni si potrebbe inferire una generale ammissibilità di un concorso omissivo nell'altrui reato commissivo.

L'art. 138 c.p.m.p., rubricato "Omesso impedimento di reati militari", dispone che "*ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'art. 40 del codice penale*" è punito "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 [artt. 77-102 c.p.m.p. e 48-93 c.p.m.g.], o di rivolta [artt. 174 c.p.m.p. e 202 c.p.m.g.] o di ammutinamento [artt. 175 c.p.m.p. e 203 c.p.m.g.], che si commette in sua presenza"¹⁹.

Orbene, si è argomentato che il richiamo all'art. 40 cpv. in relazione a fattispecie anche di mera condotta, quali quelle descritte nell'ambito degli illeciti richiamati dal delitto di cui all'art. 138 c.p.m.p., «significa proprio (...) che per tali ipotesi di reato è possibile una responsabilità a titolo di concorso omissivo»²⁰.

Quanto all'art. 57 c.p., come novellato dalla l. 127/1958, la clausola "*fuori dai casi di concorso*", ivi contenuta, costituirebbe ulteriore prova della generale possibilità di applicazione congiunta dell'art. 40 cpv. con la disciplina del concorso. Si sostiene²¹ che, poiché l'art. 57 c.p. incrimina un fatto *esclusivamente colposo*²², se non fosse ammissibile in generale la possibilità di imputare il reato altrui ai sensi degli artt. 40 cpv. e 110 ss. c.p., si addiverrebbe all'esito paradossale di non punire il direttore o il vicedirettore responsabile nel caso in cui volontariamente siano rimasti inerti di fronte alla perpetrazione col mezzo della stampa

¹⁹ In questi termini G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 141.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Pur con accenti diversi si vedano L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., pp. 1346-1349 e A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., pp. 24 ss.

²² In questo senso la dottrina assolutamente maggioritaria: si vedano tra gli altri, G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 343-344; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, VIII ed., Padova, 2013, pp. 403 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, ed. IV, Milano, 2012, pp. 616-617.

di reati di mera condotta e di sanzionarli, invece, ove gli si possa muovere esclusivamente un rimprovero per colpa²³.

Questa stessa cadenza argomentativa è stata proposta²⁴, più in generale, in relazione a tutte le ipotesi di agevolazione colposa dell'altrui reato di mera condotta, tipizzate dal legislatore (si pensi all'agevolazione colposa della sottrazione delle cose sottoposte a sequestro *ex art. 335 c.p.* e della violazione di sigilli di cui all'*art. 350 c.p.*): anche in tali casi, se non fosse ammissibile in generale il concorso omissivo nell'altrui reato commissivo, si perverrebbe a punire solo le ipotesi di partecipazione all'illecito a titolo di colpa e non di dolo.

Infine, l'*art. 116 c.p.* espressamente dispone che il concorrente risponda del fatto diverso da quello voluto quando «*l'evento è conseguenza della sua azione o omissione*». La previsione offre un doppio spunto argomentativo: da un canto, il concetto di evento è inteso non in senso naturalistico, ma richiama l'intero fatto di reato; dall'altro, emerge la previsione da parte del legislatore della «*rilevanza concorsuale di una relazione causale tra l'inerzia di un soggetto, qualificata come omissione, ed un fatto tipico di reato riguardato nel suo complesso e commesso necessariamente da altri*»²⁵. In definitiva, secondo la dottrina in commento, da tale disposizione risulta evidente la volontà legislativa di equiparare a tutti gli effetti il contributo omissivo a quello commissivo, ricomprendendoli nella più generale nozione di «*concorso*»²⁶.

²³ Si vedano per tale prospettazione, tra gli altri, L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., pp. 1346-1349 e A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., pp. 24 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, VIII ed., Padova, 2013, pp. 403 ss.; M. Romano, *Commentario*, vol. II, cit., pp. 619-620.

²⁴ Il richiamo è a da F. Albergiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, pp. 12-13 e, adesivamente, I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 368.

²⁵ In questi termini L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., p. 1349.

²⁶ Così I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 362. L'*art. 116 c.p.* riveste un ruolo centrale in punto di fondamento del concorso omissivo nel reato altrui nelle ricostruzioni di L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., p. 1349 e P. Semeraro, *Il concorso*, cit., pp. 588-589.

2. La critica di Fiandaca alla dottrina tradizionale: la necessaria equivalenza tra agire ed omettere esclude l'applicazione congiunta degli artt. 40 cpv. e 110 ss. c.p.

L'impostazione tradizionale non è stata immune da critiche, anche radicali, dirette ad escludere *tout court* la possibilità di applicare congiuntamente gli artt. 40 cpv. e 110 ss. c.p.

Già nel 1979 Fiandaca riconosceva l'eco di «concezioni illiberali e autoritarie»²⁷ del diritto penale nell'impiego giurisprudenziale «della fattispecie omissiva impropria quale strumento atto ad incriminare anche il mancato impedimento di un "reato"»²⁸. Secondo l'Autore, attraverso tale imputazione, «si tende arbitrariamente a delegare funzioni "poliziesche" di tutela della moralità a soggetti privati, dei quali viene enfatizzata, per ragioni ideologiche, la posizione di autorità»²⁹.

Sottolinea Fiandaca, richiamando Feuerbach³⁰, che l'obbligazione fondamentale del cittadino in una società liberale è quella di non offendere commissivamente beni altrui; deviazioni a tale regola sono ammesse esclusivamente ove «l'esigenza di tutelare in modo rafforzato un determinato bene è avvertita come prevalente rispetto al grave sacrificio della libertà personale, inevitabilmente connesso all'attivazione del meccanismo della responsabilità per omissione»³¹. In quest'ottica, meritano una tutela rafforzata i beni della vita e dell'incolumità – individuale e pubblica – e, solo in casi particolari, il patrimonio³².

Segnatamente, Fiandaca muove una duplice critica all'impostazione giurisprudenziale, incline ad ammettere la responsabilità per non aver impedito il reato altrui.

²⁷ G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 9.

²⁸ *Ivi*, nt. 13.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Si veda A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, ed. XIII, Giessen, 1840, § 21.

³¹ In questi termini, G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 46-47.

³² *Ivi*, pp. 47-52.

(i) Dato che l'art. 40 cpv. impone un giudizio di equivalenza tra agire ed omettere, tale da essere soddisfatto nell'ipotesi di realizzazione monosoggettiva solo in caso di reato d'evento – sostiene l'autore –, «non si comprende quale sia la ragione per cui tale regola debba essere disattesa allorché il garante è chiamato a rispondere a titolo di concorso»³³.

(ii) Anche la seconda critica gemma dal legame tra commissione ed omissione. Fiandaca rileva che i due modelli di imputazione sarebbero accomunati dalla «signoria del soggetto su alcune condizioni che concorrono alla produzione del risultato»³⁴; l'unica differenza tra commissione ed omissione sul punto si riscontrerebbe per «le tecniche attraverso le quali l'agente e l'omittente (garante) realizzano il dominio sull'accadere: (...) il primo padroneggia la catena causale che si sprigiona dal movimento del proprio corpo; il secondo influenza processi causali che traggono origine da forze esterne»³⁵.

In particolare, quanto al garante, la signoria sull'evento implica che costui abbia non un mero “dominio potenziale”, cioè la possibilità attivandosi di impedire l'evento, ma un più pregnante “dominio finalistico attuale sull'accadere”, consistente nella capacità di intervenire direttamente con capacità impeditiva sulle situazioni di rischio per il bene giuridico³⁶. Tale piena signoria manca, secondo l'autore, nei casi di omesso impedimento del reato altrui³⁷.

In definitiva, sostiene Fiandaca, «la giurisprudenza non solo applica erroneamente l'art. 40 cpv. c.p. ad alcune ipotesi di realizzazione concorsuale di illeciti senza evento naturalistico; ma per di più essa è costretta in alcuni di questi casi, ad utilizzare l'istituto del concorso proprio per sottoporre a pena comportamenti non impeditivi, i quali altrimenti risulterebbero penalmente leciti»³⁸.

³³ *Ivi*, p. 181.

³⁴ *Ivi*, p. 167.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cfr. *ivi*, pp. 168-169.

³⁷ *Ivi*, p. 181,

³⁸ *Ivi*, pp. 181-182.

Il nucleo della critica attiene, dunque, all'impossibilità di una piena equivalenza tra la realizzazione monosoggettiva di un illecito privo di evento naturalistico e l'omesso impedimento dello stesso: l'identica punizione per le due forme d'imputazione sarebbe l'esito di un'errata applicazione degli artt. 40 cpv. e 110 c.p.

3. La tesi della Risicato: il concorso omissivo nell'altrui reato commissivo come interferenza tra forme di manifestazione del reato

La seconda critica radicale è formulata dalla Risicato³⁹.

Nello studio delle forme di manifestazione del reato e delle loro reciproche interazioni, l'autrice introduce la dicotomia tra *combinazione* ed *interferenza*⁴⁰ per descrivere la relazione tra le clausole di incriminazione suppletiva (artt. 40 cpv., 56, e 110 ss. c.p.) ove applicate simultaneamente (ovvero nelle ipotesi di tentativo di delitto commissivo mediante omissione; tentativo di concorso; concorso in delitto tentato; concorso mediante omissione in reato commissivo; concorso in reato omissivo mediante commissione).

Nell'ambito di tale dicotomia, potrà parlarsi di *combinazione* di forme di manifestazione del reato quando tutti i requisiti di entrambe le clausole sono presenti nel fatto che si ritiene di incriminare o, in altri termini, in quei casi in cui «l'una clausola generale trova applicazione, secondo il proprio ambito di operatività, *solo dopo che* l'altra si sia previamente raccordata, alla stregua dei rispettivi ordinari presupposti, con la fattispecie incriminatrice di base»⁴¹. Un esempio di combinazione è il concorso materiale o morale in delitto tentato commissivo.

Diversamente, nelle ipotesi di interferenza «si realizza un'anomala e indebita coesione dei rispettivi elementi strutturali *prima che* l'una o

³⁹ Si vedano L. Risicato, *Combinazione ed interferenza*, cit., *passim*; Id., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 1267 ss. Accede a tale impostazione F. Argirò, *Le fattispecie tipiche*, cit., pp. 272 ss.

⁴⁰ La fondamentale dicotomia si deve a L. Risicato, *Combinazione ed interferenza*, cit.

⁴¹ *Ivi*, p.153, corsivi dell'autore.

l'altra abbiano trovato compiuta e corretta applicazione sulla fattispecie di parte speciale»⁴². L'omesso impedimento del reato altrui assurge – secondo l'autrice – ad idealtipo di applicazione interferenziale di clausole di incriminazione suppletiva, permettendo di prescindere dagli elementi caratterizzanti la tipicità e, dunque, la selettività delle due forme di manifestazione del reato, giacché: (i) l'applicazione dell'art. 40 cpv c.p. prescinde dalla presenza di un evento naturalistico nella fattispecie incriminatrice cui accede; (ii) per l'integrazione dell'art. 110 c.p. non è necessario un contributo causalmente rilevante sul piano naturalistico⁴³.

Evidenti le criticità che il paradigma interferenziale pone – secondo la Risicato – in relazione al principio di stretta legalità: «è come se, a ben vedere, l'interprete creasse di sua iniziativa un'inedita (ulteriore) forma di manifestazione del reato e collegasse direttamente questo *tertium genus* alla norma incriminatrice di base, determinando un risultato finale, in termini di estensione dell'originaria tipicità, ben più cospicuo di quello altrimenti discendente da una semplice applicazione combinata delle clausole in questione»⁴⁴.

Posta questa critica generale, l'autrice esamina i referenti normativi dell'impostazione tradizionale⁴⁵, per mostrare l'incapacità degli stessi di fondare un generale rimprovero per omesso impedimento del reato altrui.

Quanto all'art. 138 c.p.m.p. tre argomenti osterebbero alla tesi tradizionale: (a) non si può inferire da un reato omissivo proprio con pena autonoma la generale applicabilità della pena prevista da qualsiasi fattispecie incriminatrice al garante che non impedisce l'illecito penale⁴⁶; (b) l'inciso per cui l'operatività dell'art. 40 cpv. è ferma "in ogni altro caso" implica che sull'esegesi di tale disposizione l'art. 138 c.p.m.p. non può incidere in alcun modo: *a fortiori*, dunque, il reato militare non può

⁴² *Ivi*, p.154, corsivi dell'autore.

⁴³ *Ivi*, p. 158.

⁴⁴ *Ivi*, p.154.

⁴⁵ Si veda *supra* cap. II, par. 1.

⁴⁶ L. Risicato, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 392.

legittimare una generale imputazione per omesso impedimento del reato altrui⁴⁷; (c) tracciando un parallelo con l'(in)ammissibilità del concorso a titoli eterogenei, l'art. 138 c.p.m.p. non prova la possibilità di imputare un generale concorso nel reato altrui, così come le fattispecie di agevolazione colposa non sono idonee a fondare un rimprovero colposo per l'altrui illecito doloso⁴⁸.

Discorso non dissimile è prospettato in relazione all'art. 57 c.p.: da un canto, come l'art. 138 c.p.m.p., si tratterebbe di un reato omissivo proprio da cui non può dedursi la legittimazione della massima espansione di una forma di manifestazione del reato di parte generale quale l'omissione impropria⁴⁹; d'altro canto, si sostiene, non possono ottenersi utili indicazioni in punto di partecipazione negativa al reato altrui da una disposizione che opera "fuori dai casi di concorso"⁵⁰.

Infine, quanto all'art. 116 c.p., terzo appiglio normativo invocato dalla dottrina tradizionale, si sottolinea come l'equivocità dell'uso del termine evento nel codice penale non importi altro problema che discernere il senso dato dal legislatore al concetto nella singola disposizione: poiché non può dubitarsi che nell'art. 40 cpv. il riferimento è ad un evento naturalistico, questo non può mutare per il solo fatto di applicare le norme sul concorso⁵¹.

Conclude l'autrice, richiamando in parte le considerazioni già espresse da Fiandaca, «se l'art. 40 cpv. disciplina il c.d. equivalente normativo della causalità tra omissione ed evento in senso naturalistico, non c'è ragione di ritenere che tale regola possa essere arbitrariamente dilatata fino a far coincidere l'evento non impedito con un fatto illecito altrui comunque strutturato. Anzi: è la necessaria presenza di un evento in senso naturalistico nell'economia dell'art. 40 cpv. c.p. a delimitare

⁴⁷ *Ivi*, p. 393.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ivi*, p. 395.

⁵⁰ *Ivi*, p. 396.

⁵¹ *Ivi*, 397.

l'operatività dell'art. 110 c.p., quando questa clausola generale entra in rapporto con la prima»⁵².

In definitiva, l'espansione del concetto di "evento" di cui all'art. 40 cpv., fino a ricomprendere il reato altrui, si risolverebbe in una vera e propria analogia *in malam partem*⁵³ o, per altro verso, come icasticamente osservato, nell'introduzione di un terzo comma all'art. 40 c.p., specularmente a quello previsto dalla prescrizione successiva, per cui "le disposizioni precedenti si applicano anche quando l'evento non impedito consiste nel fatto illecito altrui"⁵⁴.

4. L'omesso impedimento del reato altrui nella prospettazione di Bisori: un'ipotesi speciale di concorso di persone nel reato

Più di recente in dottrina si sono affacciate due impostazioni per cui il solo art. 40 cpv. sarebbe sufficiente per imputare l'omesso impedimento del reato altrui.

Una prima tesi⁵⁵, prospettata dal Bisori, ritiene che l'art. 40 cpv. permetta, ove vi sia un obbligo di impedire il reato altrui, di svolgere una completa funzione di incriminazione, senza necessità del richiamo delle disposizioni sul concorso, se non ai fini di disciplina. Si sostiene che l'art. 40 cpv. costituirebbe un'ipotesi speciale di concorso di persone nel reato, in tutto simile alle previsioni degli artt. 46, 48, 51 cpv., 54 comma III e 86 c.p.⁵⁶.

Segnatamente, osserva l'autore: «non vi sono ostacoli ad *assimilare* il contributo omissivo alla partecipazione concorsuale commissiva-attiva, di cui ricorrono i *requisiti estrinseci*: 1) la violazione dell'obbligo

⁵² Così *ivi*, p. 399.

⁵³ In questo senso si erano espressi, già prima della Riscato, G. Contento, *Interpretazione estensiva*, cit., pp. 18-19 e R. Rinaldi, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 198.

⁵⁴ Sul punto, L. Riscato, *Combinazione ed interferenza*, cit., p. 400.

⁵⁵ Si tratta di L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., pp. 1375 ss.

⁵⁶ *Ivi*, p. 1379. Sulle ipotesi speciali di concorso si vedano T. Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973; S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.

di garanzia *de quo* consente di imputare all'inerte l'intero fatto di reato commesso dal terzo, e dunque può ben dirsi che le diverse condotte convergono nel *medesimo reato*; 2) il numero delle persone è senz'altro superiore a quello necessario per integrare la fattispecie monosoggettiva-base, commessa integralmente dal terzo»⁵⁷.

In conclusione, secondo la prospettazione in commento: «l'omesso impedimento dell'altrui illecito configura, in realtà, una forma *necessaria* di concorso, poiché l'autonomia delle due condotte (quella attiva e quella omissiva) è solo *formale*, e non *sostanziale*: l'omissione deve *necessariamente accedere* all'azione delittuosa altrui, ha sempre bisogno del *reato altrui* per mutuarne tipicità e disvalore»⁵⁸.

Tale forma necessaria di concorso ha, secondo Bisori, alcune peculiarità⁵⁹: (i) si fonda su un obbligo giuridico di impedire il reato; (ii) nasce per la particolare pericolosità di determinati soggetti o per la vulnerabilità di alcuni beni giuridici; (iii) è caratterizzata dall'attribuzione al garante di effettivi poteri giuridici di interferenza rispetto alla condotta del reo; (iv) l'oggetto dell'impedimento è il fatto illecito altrui nella sua globalità oggettiva; (v) deve esserci coincidenza tra il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice violata e quello che fonda la posizione di garanzia; (vi) la specialità del rapporto di protezione per cui «non vi può essere una *posizione di garanzia* diretta alla *protezione di tutti i beni di tutti i consociati*»⁶⁰.

In particolare, quanto alla specialità del rapporto di protezione, l'autore distingue a seconda che il reato sia commesso da un soggetto incapace o capace: nel primo caso è sufficiente che l'obbligo di impedimento individui specificamente i beni tutelandi in relazione all'attività dell'incapace, mentre nella seconda ipotesi è necessaria una specificazione bilaterale, attinente sia ai beni tutelandi sia ai possibili soggetti autori degli illeciti, ovvero coloro su cui possono essere

⁵⁷ *Ivi*, pp. 1378-1379.

⁵⁸ *Ivi*, p. 1379.

⁵⁹ Si sintetizza qui ulteriormente il compendio fatto dallo stesso autore, *ivi*, pp. 1372-1373.

⁶⁰ In questi termini, *ivi*, p. 1373.

esercitati i poteri di interferenza, per garantire il rispetto del principio di autoresponsabilità⁶¹.

Dunque, nell'impostazione in commento, tanto gli spazi quanto i limiti di incriminazione del concorso omissivo nel reato altrui sarebbero segnati dall'art. 40 cpv., senza possibili ulteriori espansioni della morsa penale attraverso il richiamo alle disposizioni sul concorso di persone nel reato (con le conseguenti criticità dovute all'interferenza tra forme di manifestazione del reato, come prospettate dalla Risicato)⁶². Le disposizioni sul concorso di persone nel reato avrebbero, invece, una limitata portata di disciplina⁶³.

5. La tesi della Massaro: l'evento di cui all'art. 40 cpv. c.p. come evento giuridico

Infine, merita di essere segnalata la recentissima tesi avanzata dalla Massaro⁶⁴. Secondo l'autrice il concetto di evento di cui all'art. 40 cpv. deve intendersi in senso giuridico: per imputare l'omesso impedimento del reato altrui non serve, dunque, il richiamo alle disposizioni sul concorso di persone nel reato, essendo bastevole la sola formula di equivalenza tra agire ed omettere.

Tre sono gli argomenti addotti dalla Massaro per sostenere la propria impostazione.

(i) In primo luogo, sottolinea l'autrice, non ammettere il concorso omissivo nel reato altrui importerebbe «irragionevoli incoerenze applicative»: l'ordinamento non punirebbe chi omette di impedire un reato altrui privo di evento naturalistico⁶⁵.

(ii) Inoltre, a favore dell'impostazione in commento, vi sarebbe un argomento «meramente letterale» emergente dal confronto dell'art. 40

⁶¹ *Ivi*, pp. 1374-1375.

⁶² *Ivi*, pp. 1378 ss.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Si veda A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit. pp. 245 ss.

⁶⁵ *Ibidem*.

cpv. con il § 13 StGB⁶⁶. La disposizione del codice penale tedesco⁶⁷, introdotta con la riforma del 1975, basamento dell'incriminazione delle omissioni improprie, prevede la punizione di "chi omette di impedire un evento che *appartiene* alla fattispecie descritta da una norma penale"; conseguentemente, si argomenta⁶⁸, mentre il § 13 StGB richiede espressamente che l'evento sia parte della fattispecie incriminatrice oggetto di equivalenza, nulla dispone in tal senso l'art. 40 cpv.

(iii) Infine, il reato altrui può assumere la fisionomia di evento, ove lo si consideri correttamente come un «*quid* naturalisticamente e giuridicamente distinto dalla condotta e rispetto al quale diviene logicamente possibile verificare l'efficacia impeditiva del comportamento attivo, alternativo a quello tenuto»⁶⁹.

Sulla base dei predetti argomenti, l'autrice esprime *apertis verbis* la necessità di leggere il concetto di evento come "offesa" al bene giuridico e l'art. 40 c.p. come se disponesse «non impedire un'offesa che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarla»⁷⁰.

6. Il fondamento dogmatico dell'omesso impedimento del reato altrui: un'analisi critica delle tesi prospettate ed una proposta interpretativa

Il rapido *excursus* sulle diverse impostazioni prospettate in dottrina in punto di legittimazione e fondamento dell'omesso impedimento del reato altrui rimanda una fortissima frammentazione delle opinioni.

La tesi tradizionale, prevalente in dottrina, si espone, in generale, alla penetrante critica formulata dalla Risicato: l'applicazione congiunta delle due forme di manifestazione del reato in una dimensione interferenziale, per cui ciascuna disposizione perderebbe una parte

⁶⁶ *Ivi*, p. 246.

⁶⁷ Per un'analisi della norma si veda G. Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, pp. 109 ss. e bibliografia ivi richiamata.

⁶⁸ A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., p. 246.

⁶⁹ *Ivi*, p. 248.

⁷⁰ *Ibidem*.

della propria tipicità venendo “in contatto” con l’altra, creerebbe un evidente *vulnus* al principio di legalità.

La necessità poi di ammettere il concorso omissivo nell’altrui reato commissivo per evitare, in generale, sacche d’impunità o «irragionevoli incoerenze applicative»⁷¹ rischia di rivelarsi un argomento criptoanalogico⁷², dunque radicalmente in contrasto con la «*premessa epistemologica del diritto penale* come scienza e in ogni caso come garanzia, come scienza delle garanzie»⁷³.

Quanto, infine, agli appigli normativi individuati per fondare la generale ammissibilità del concorso omissivo nell’altrui reato commissivo il discorso merita di essere nettamente distinto in relazione alle tre disposizioni di cui agli artt. 138 c.p.m.p., 57 e 116 c.p.

In merito all’art. 138 c.p.m.p., per smentire il ruolo espansivo che si vuol riconoscere alla clausola di riserva “*ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell’art. 40 del codice penale*”, si può sottolineare che tra i reati richiamati dalla disposizione d’interesse vi sono i delitti di attentato alla vita, all’incolumità o alla libertà personale del Presidente della Repubblica (artt. 276-277 c.p.), reati d’evento a forma libera. Essendo, dunque, ricompresi nella disposizione anche illeciti con evento naturalistico, soggetti alla formula di equivalenza di cui all’art. 40 cpv., la clausola di riserva potrebbe avere la funzione (assai limitata) di rendere inapplicabile proprio il meccanismo di conversione nelle ipotesi previste dall’art. 138 c.p.m.p., mantenendolo fermo in tutti gli altri casi⁷⁴. Così letta la disposizione, in nessun modo questa potrebbe offrire elementi per legittimare in generale l’imputazione per omesso impedimento del reato altrui.

⁷¹ Così A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., p. 245.

⁷² Sul concetto di criptoanalogia si veda M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, pp. 109-115.

⁷³ *Ivi*, p. 113, corsivi nel testo.

⁷⁴ Rileva tale aspetto già L. Bisori, *L’omesso impedimento*, cit., p. 1344-1346, pur sottolineando che la clausola non può essere stata inserita per avere una portata così limitata. Critico sulla capacità dell’art. 138 c.p.m.p. di fondare la generale applicabilità della partecipazione negativa al reato commissivo anche P. Semeraro, *Il concorso*, cit., pp. 586-587.

Anche l'argomento tratto dalla previsione dell'art. 57 c.p. non sembra decisivo, giacché rischia di essere criptoanalogico, volendosi fondare la previsione dell'omesso impedimento del reato altrui sulla necessità di colmare un vuoto di tutela, un'irrazionalità punitiva⁷⁵.

Sostanzialmente insuperabile pare invece l'argomento tratto dall'art. 116 c.p. per fondare la possibilità di un concorso negativo nel reato altrui e superare i dubbi di un'applicazione analogica dell'art. 40 cpv. nelle ipotesi di concorso omissivo.

Come si è visto, l'art. 116 c.p. introduce esplicitamente l'eventualità di un concorso mediante omissione in un reato altrui, adoperando il concetto di evento proprio per indicare un illecito penale da altri realizzato. In altre parole, la disposizione utilizza il concetto di evento come sinonimo di reato e ammette che questo possa essere conseguenza di un'omissione.

La soluzione più convincente pare allora quella prospettata dalla dottrina più recente⁷⁶, volta a riconoscere al solo art. 40 cpv. c.p. la funzione incriminatrice dell'omesso impedimento del reato altrui: il reato è l'evento naturalistico che il garante è tenuto ad impedire ove abbia un obbligo giuridico che lo imponga.

Non serve, in quest'ottica, stravolgere il contenuto dell'art. 40 c.p., mutando attraverso un'interpretazione analogica il significato d'evento naturalistico in giuridico⁷⁷; è sufficiente considerare che l'evento naturalistico è «un accadimento temporalmente e spazialmente separato dall'azione e che da questa deve essere causato»⁷⁸, che può consistere, come nella violenza privata, in un comportamento umano:

⁷⁵ È l'ipotesi in cui il direttore o il vice direttore responsabile omettano volontariamente di svolgere i propri controlli al fine di non impedire il reato altrui commesso col mezzo della stampa, senza un previo concerto con l'autore dell'illecito. Si veda cap. II, par. 1, per la trattazione del punto.

⁷⁶ Il riferimento è alle opere di L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., e A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., limitatamente agli aspetti richiamati nel presente paragrafo.

⁷⁷ Soluzione non condivisibile cui addiviene A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., p. 248, pur riconoscendo che il reato ben può assumere la fisionomia dell'evento naturalistico che si può avere l'obbligo giuridico di impedire.

⁷⁸ Così G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 187.

dunque, nell'ambito dell'imputazione per l'omesso impedimento del reato altrui, l'illecito penale da altri realizzato assume la funzione (avendone i tratti) di evento naturalistico, separato dall'omissione del garante che, sulla base della clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p., può esserne causa.

Le norme sul concorso non ampliano ulteriormente la portata dell'incriminazione: resta penalmente rilevante esclusivamente il contributo omissivo di chi ha un obbligo giuridico di impedire il reato, non già l'inerzia del *quivis de populo*.

In questa prospettiva, non si pone alcun problema di interferenza fra forme di manifestazione del reato, giacché tutti gli elementi che segnano la tipicità dell'art. 40 cpv., compreso l'evento naturalistico, sono presenti nel modello imputativo.

È di tutta evidenza che tale esegesi ha, da un canto, una enorme forza espansiva e, dall'altro, un fondamento fragile, ove si consideri che il principale appiglio normativo si rinviene in una disposizione di dubbia legittimità costituzionale ed una delle argomentazioni principali a sostegno è la necessità di evitare vuoti di tutela: per queste ragioni si impone il massimo rigore nell'individuazione degli elementi che caratterizzano l'incriminazione, ovvero l'obbligo giuridico, il potere impeditivo, l'accertamento causale e l'elemento soggettivo.

CAPITOLO III

I TIPI GIURISPRUDENZIALI DI CONCORSO NEGATIVO NEL REATO COMMISSIVO ALTRUI: LE FATTISPECIE CLASSICHE

SOMMARIO: 1. La capacità espansiva del paradigma dell'omesso impedimento del reato altrui: i diversi tipi giurisprudenziali in relazione alle fattispecie classiche. – 2. L'omesso impedimento doloso dell'evento morte o lesioni cagionato volontariamente da altri soggetti: la riconduzione al reato omissivo improprio monosoggettivo. – 3. L'obbligo di impedire il reato altrui come *dovere specifico* e quale *dovere funzionale*. – 4. Il concorso negativo a titoli eterogenei: le ragioni della dottrina e la posizione della giurisprudenza

1. La capacità espansiva del paradigma dell'omesso impedimento del reato altrui: i diversi tipi giurisprudenziali in relazione alle fattispecie classiche

Considerate le argomentazioni alla base della possibile legittimazione normativa dell'omesso impedimento del reato altrui come paradigma ascrittivo, giova ora guardare, pur cursoriamente, ai diversi modelli in cui è stato declinato dalla giurisprudenza in relazione alle fattispecie classiche del diritto penale, prescindendo dalla casistica attinente ai reati economici, oggetto dei capitoli successivi.

In particolare, interessa qui mostrare le diverse forme di imputazione di partecipazione negativa al reato altrui, che si riscontrano nelle decisioni della Suprema Corte. Nella ricostruzione che si prospetta la diversità di modelli si deve alla differente interazione tra due variabili: (i) la forma del reato che si ha l'obbligo d'impedire (*libera vs vincolata*); (ii) i titoli soggettivi di responsabilità dell'autore dell'illecito e del garante (*omogenei vs eterogenei*).

Tale declinazione dei modelli è l'esito di un percorso della Suprema Corte che, muovendo dall'omesso impedimento doloso di un evento naturalistico da altri cagionato, mediante una condotta integrante un delitto doloso d'evento, ha poi ampliato gli spazi d'incriminazione al

concorso negativo nel reato altrui a forma vincolata, fino, più di recente, ad ammettere un concorso negativo a titolo colposo nel delitto doloso.

2. L'omesso impedimento doloso dell'evento morte o lesioni cagionato volontariamente da altri soggetti: la riconduzione al reato omissivo improprio monosoggettivo

La più risalente forma di responsabilità omissiva in relazione ad un illecito altrui si riscontra nei casi di condanna per omicidio o lesioni non impediti da stretti familiari o da appartenenti alle forze dell'ordine.

Alla prima categoria può ricondursi la decisione Ferruccio del 1935⁷⁹, ove si è affermata la responsabilità del genitore che non ha impedito l'omicidio del figlio, pur essendo a conoscenza del macabro sacrificio umano che alcuni parenti avrebbero consumato ai suoi danni, sperando di propiziare in tal modo la scoperta di un tesoro. L'obbligo che attiva l'art. 40 cpv. viene rinvenuto dalla Suprema Corte nel previgente art. 138 c.c., che imponeva ai genitori di preservare la prole; l'evento morte che il garante deve impedire è cagionato da una condotta tipica *ex art. 575 c.p.* ed è proprio tale condotta che, secondo la Cassazione, l'imputato avrebbe dovuto scongiurare.

Nel secondo nucleo concettuale può inserirsi in primo luogo il caso⁸⁰ dell'agente di Polizia penitenziaria che non ha impedito le lesioni cagionate ad un detenuto da una spedizione punitiva (di cui era pienamente a conoscenza), organizzata da altri ristretti. La responsabilità dell'agente scaturisce, secondo la Corte, dall'obbligo di tutelare i detenuti affidati alla sua custodia⁸¹.

⁷⁹ Cass. pen., 1 febbraio 1935, Ferruccio, cit. Per un commento si vedano U. Aloisi, *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. dir. pen.*, 1935, p. 321 ss. e L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., p. 1352.

⁸⁰ Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2012, n. 26993, in *Leggi d'Italia*.

⁸¹ Peraltro la Cassazione, pur riconoscendo la posizione di garanzia, contraddittoriamente, imputa all'agente una responsabilità commissiva «consistita nell'aver lasciato aperta la porta della cella, nella consapevolezza di ciò che sarebbe avvenuto»; sennonché il fatto di lasciare aperta la porta pare una condotta pienamente omissiva.

Identiche considerazioni possono farsi in relazione la sentenza Russo⁸². I tratti salienti della vicenda possono così compendiarsi: un soggetto, indagato per l'omicidio di un commissario di P.S., si consegna agli uffici della squadra mobile. L'indagato viene interrogato più volte da agenti di Polizia e Carabinieri, anche contestualmente, ma non offre alcun elemento istruttorio utile; la reticenza del soggetto indispetta uno dei dirigenti di P.S. presenti che, durante l'ennesimo interrogatorio, schiaffeggia l'indagato, scatenando un'*escalation* di violenza. L'interrogato viene condotto in un'altra stanza, picchiato da più agenti delle forze dell'ordine e sottoposto, infine, al "trattamento con acqua e sale" (immissione forzata nella bocca mediante tubo e imbuto) che gli è fatale: l'indagato muore per l'accidentale penetrazione del tubo e, conseguentemente, dell'acqua nelle vie respiratorie.

Qui interessa valutare la posizione degli imputati Russo, dirigente della squadra mobile a cui l'indagato era stato affidato, tanto da essere interrogato nella sua stanza, e Scala, capitano dei Carabinieri che aveva inizialmente avuto in custodia il defunto. Per entrambi, la Suprema Corte riconosce una posizione di garanzia da cui consegue l'obbligo di impedire la morte del soggetto loro affidato, anche impedendo l'omicidio (preterintenzionale) commesso da soggetti sottoposti alla loro autorità.

Riconosciuto tale obbligo, la Corte conferma l'assenza di responsabilità in capo allo Scala, giacché, non avendo più una diretta custodia dell'interrogato al momento del "trattamento con acqua e sale", correttamente i giudici di merito hanno ritenuto che nulla avrebbe potuto fare per scongiurare l'evento disvoluto; diversa la posizione del Russo, per cui la quinta sezione annulla con rinvio l'assoluzione, posto che, invece, costui era responsabile degli uffici in cui era avvenuto l'episodio violento ed era dunque necessario

⁸² Cass. pen., Sez. V, 5 aprile 1995, n. 5139, RV 201323, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 2540 ss.; per un commento F.C. Palazzo, *Concorso mediante omissione*, cit., pp. 1108 ss. Si veda, inoltre, L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., pp. 1359-1360.

argomentare sui suoi doveri e poteri di intervento, per addivenire ad una decisione non inficiata da vizi di motivazione.

Ciò che qui interessa sottolineare è che ricondurre i predetti casi all'ipotesi di concorso negativo nell'altrui reato non pare del tutto convincente, trattandosi piuttosto di ipotesi monosoggettive di reati omissivi impropri⁸³; a ben vedere, infatti, tanto il genitore quanto l'ufficiale delle forze dell'ordine avevano, nell'impostazione adottata dal giudice di legittimità, un obbligo di protezione su soggetti affidati alle loro cure; il fatto che l'evento disvoluto (morte o lesioni) sia stato cagionato da una condotta illecita altrui nulla muta nell'economia del discorso: uguale responsabilità sarebbe ascrivibile al genitore se la morte del figlio minore si fosse verificata a causa di una malattia nota all'ascendente e dolosamente non curata o se l'indagato in stato d'arresto fosse stato volontariamente abbandonato dall'agente di Polizia in una cella a seguito di un malore.

Si tratta cioè di una responsabilità tutta orientata sull'evento (morte o lesioni) in cui ciò che «interessa all'ordinamento non è tanto chi o cosa determini il pericolo della lesione del bene garantito, se l'intenzione criminosa di un uomo ovvero l'infausto atteggiarsi del caso, bensì che il bene stesso sia comunque protetto dalle potenziali fonti di pericolo, cioè che il garante, quale che ne sia la fonte, adoperi ogni mezzo di cui dispone per interrompere la vicenda causale innescatasi, che altrimenti sfocerebbe nell'evento lesivo»⁸⁴.

Il rimprovero al garante e il disvalore del fatto sono tutti concentrati sull'evento naturalistico, punito dalla fattispecie a forma libera, e il richiamo alle disposizioni concorsuali pare del tutto fuorviante. Nessuno dubiterebbe della responsabilità della madre che, trovato il proprio figlio minore in fin di vita a seguito di un brutale pestaggio, non intervenga per salvarlo, pur non avendo partecipato materialmente

⁸³ Nello stesso senso sono orientati L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, cit., p. 409, nt. 88 e L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., pp. 1368-1373.

⁸⁴ Così, in maniera condivisibile, L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., p. 1368.

o moralmente alla condotta violenta da lui subita: la ragione è che l'imputazione si fonda sull'evento disvoluto e non sulla condotta altrui.

La distinzione tra omesso impedimento dell'evento naturalistico descritto in una fattispecie a forma libera e della condotta illecita altrui è gravida di conseguenze, giacché nelle due ipotesi non possono che atteggiarsi diversamente le disposizioni che fondano l'obbligo e i poteri impeditivi, essendo nettamente diverso il loro oggetto (evento naturalistico in senso stretto *vs* condotta altrui).

3. L'obbligo di impedire il reato altrui come *dovere specifico* e quale *dovere funzionale*

Discorso diverso meritano le decisioni in cui la Corte di Cassazione ha riconosciuto un vero e proprio obbligo di impedire la condotta illecita altrui e in cui può individuarsi un concorso negativo nel reato da altri realizzato commissivamente.

In materia, le affermazioni di responsabilità più risalenti e frequenti sono quelle a titoli soggettivi omogenei. Senza voler censire tutte le decisioni intervenute in materia⁸⁵, ci si concentrerà nuovamente sulla responsabilità dei genitori e delle forze dell'ordine.

⁸⁵ Per una trattazione sintetica di tutte le diverse ipotesi poste in giurisprudenza si veda, in generale, L. Biori, *L'omesso impedimento*, cit., che traccia un ampio catalogo aggiornato al 1997. Per specifiche e più recenti ipotesi di concorso negativo, che qui non verranno trattate, si richiamano: Cass. pen., Sez. III, 1 febbraio 2011, n. 3634, in *Riv. giur. amb.*, pp. 624 ss., con nota di F. Fasani, *La responsabilità penale dei funzionari Arpa per l'omesso impedimento dei reati ambientali*; nonché in *Foro it.*, 2010, pp. 560 ss., con nota di V. Paone, *Gestione illecita di rifiuti e posizione di garanzia dei funzionari Arpa*, in punto di responsabilità omissiva dei funzionari dell'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente per non aver impedito gli illeciti ambientali realizzati nella propria area di competenza territoriale; sugli obblighi dei responsabili di strutture sanitarie in relazione all'integrazione da parte di dipendenti o collaboratori dell'ente del reato di esercizio abusivo della professione medica si veda di recente Cass. pen., Sez. VI, 2 ottobre 2012, n. 117, in *Giur. it.*, 2013, pp. 10 ss. con nota di I. Campagna, *La responsabilità del direttore sanitario per omesso impedimento dell'esercizio abusivo di professione medica*; Cass. pen., Sez. III, 12 ottobre 2005, n. 2206, in *Riv. giur. amb.*, 2007 con nota di D'Oria, *Discarica abusiva e omesso impedimento del reato altrui*, in tema di obbligo di impedimento da parte del proprietario della realizzazione da parte di altri soggetti di una discarica abusiva sui propri terreni; sul concorso negativo dei direttori sanitari e dei medici in relazione a delitti perpetrati ai danni dei pazienti loro affidati Cass. pen., Sez. fer., 11 agosto 2011, n. 38132, in *Leggi d'Italia*; per un caso di

Lo spettro della responsabilità degli appartenenti alle forze dell'ordine è assai ampio, avendo la giurisprudenza riconosciuto un generale obbligo di impedimento di qualsiasi reato da altri commesso. Segnatamente, è stata affermata la responsabilità a titolo di concorso dell'agente che non ha impedito, pur sapendo che stava per essere consumato, il delitto di furto⁸⁶, di rapina⁸⁷, di atti osceni in luogo pubblico⁸⁸, di spaccio di sostanze stupefacenti⁸⁹, di detenzione e porto di armi⁹⁰ e di sfruttamento della prostituzione⁹¹. Si tratta di reati di mera condotta, che non sono, perciò, imputabili monosoggettivamente *ex art.* 40 cpv., ma solo in una dimensione necessariamente plurisoggettiva, ove il reato assume i tratti dell'evento naturalistico nella formula di equivalenza.

L'obbligo giuridico di impedire il reato altrui trova il suo fondamento, secondo la dottrina che ammette una tale posizione di garanzia⁹², negli artt. 55 e 380 c.p.p. e nell'art. 1 del R.D. n. 773/1931 (c.d. Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza).

La prima previsione impone alla Polizia giudiziaria, per ciò che qui interessa, di "prendere notizia dei reati" e "impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori". L'art. 380 c.p.p. impone, invece, agli agenti e agli ufficiali di Polizia giudiziaria di "arrestare chiunque è colto in flagranza di un delitto non colposo consumato o *tentato*" di

responsabilità del rettore di una comunità di accoglienza giovanile per non aver impedito i reati di violenza sessuale perpetrati ai danni di alcuni ragazzi dal responsabile dell'annesso convitto Cass. pen., Sez. III, 12 maggio 2010, n. 28791, in Cass. pen., 2010, p. 4289 ss. con nota di M. Sabatini, *Responsabilità per omesso impedimento dell'altrui fatto criminoso: la Corte di cassazione nuovamente alle prese con i "segnali d'allarme"*.

⁸⁶ Cass. pen., Sez. II, 2 aprile 1960, n. 609, in *Riv. pen.*, 1961, II, p. 260.

⁸⁷ Cass. pen., Sez. II, 6 dicembre 1991, n. 1506, RV 189762 in *CED*.

⁸⁸ Cass. pen., Sez. III, 18 giugno 1965, n. 2075, in *Cass. pen.*, 1966, p. 251.

⁸⁹ Cass. pen., Sez. IV, 18 aprile 2008, n. 22183, in *Leggi d'Italia*.

⁹⁰ Cass. pen., Sez. I, 23 settembre 2013, n. 43273, cit.

⁹¹ Cass. pen., Sez. VI, 4 ottobre 2011, n. 42702, in *Leggi d'Italia*.

⁹² Rinviengono in tali norme il fondamento dell'obbligo in capo alle forze dell'ordine di impedire reati da altri realizzati, pur con posizioni diverse, I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 135 ss.; A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., pp. 75-76. *Contra*, G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 196 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 334; L. Bisori, *L'omesso impedimento*, cit., p. 1390.

particolare gravità⁹³: l'obbligo di arresto previsto dalla citata disposizione, che scatta già al momento della realizzazione degli atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, si traduce nel dovere di impedire che il reato venga consumato.

Decisamente più ampia la formulazione dell'art. 1 del TULPS che impone all'autorità di pubblica sicurezza di "veglia[re] al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà" e di "cura[re] l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle province e dei comuni, nonché delle ordinanze delle autorità": emerge, dunque, un obbligo generalizzato di impedire violazioni di legge, eventualmente anche colpose.

Pare a chi scrive che la disposizione amplissima del TULPS debba essere letta in combinato disposto con le previsioni del codice di rito, che integrano e specificano i limiti di responsabilità omissiva delle forze dell'ordine⁹⁴. L'effetto di limitazione opera sotto due profili: il novero dei reati che si ha l'obbligo di impedire (solo delitti non colposi) e il momento da cui scaturisce tale obbligo (la realizzazione di un fatto di reato allo stadio del tentativo).

Diversamente, la posizione di garanzia imposta alle forze dell'ordine solleverebbe diversi dubbi di costituzionalità, imponendo un obbligo di intervento impreciso ed indeterminato, che scatterebbe già dalla realizzazione di atti non univoci o idonei a commettere il delitto, costringendo il garante ad intervenire per interrompere l'*iter criminis* in una fase in cui la condotta da altri realizzata è ancora atipica per l'ordinamento penale⁹⁵.

⁹³ In particolare, l'art. 380 c.p.p. seleziona i delitti non colposi per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza attraverso una clausola generale connessa alla cornice edittale del reato *in itinere* (ergastolo o reclusione non inferiore nel minimo a 5 anni e nel massimo a 20 anni) e una elencazione specifica di ulteriori illeciti penali ritenuti di particolare gravità ed allarme sociale, indipendentemente dalla pena minacciata.

⁹⁴ Nel senso che il perimetro della responsabilità delle forze dell'ordine non possa comunque superare i confini tracciati dalle disposizioni del codice di rito anche L. Risicato, *La partecipazione mediante omissione*, cit., p. 1283.

⁹⁵ *Contra* I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 140-143.

Così ricostruito l'obbligo giuridico e il suo fondamento, il perno del disvalore del concorso negativo delle forze dell'ordine è, in definitiva, posto sul reato altrui, tanto che l'obbligo di impedimento scaturisce proprio da un dovere di evitare che delitti (giunti almeno allo stato del tentativo) vengano consumati⁹⁶.

Un discorso diverso merita il concorso omissivo del genitore nel reato da altri realizzato ai danni della sua progenie.

Nella giurisprudenza è frequente l'affermazione della responsabilità della madre per non aver impedito reati commessi dal padre, dal convivente o da estranei al nucleo familiare ai danni dei figli. Particolarmente ricca è la casistica della Suprema Corte in materia di concorso negativo del genitore nei delitti di violenza sessuale⁹⁷ e maltrattamenti in famiglia⁹⁸.

Negli arresti in cui è esplicitato, l'obbligo giuridico di impedire aggressioni alla sfera fisica o sessuale dei minori si ricaverrebbe dall'art. 147 c.c., che impone ad entrambi i coniugi di "mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli", anche sulla base delle stesse indicazioni della progenie⁹⁹.

⁹⁶ Ovviamente sarà poi necessario, ai fini dell'ascrizione di responsabilità, la verifica della sussistenza di poteri *hic et nunc* impeditivi che il garante aveva l'obbligo di attivare e dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice. Su tali aspetti del paradigma imputativo ci si soffermerà *infra* in relazione ai reati economici.

⁹⁷ Si vedano, tra le altre, Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2011, n. 1369 in *Cass. pen.*, 2012, p. 4127; Cass. pen., Sez. III, 9 giugno 2011, n. 26369 in *Cass. pen.*, 2011, p. 3775; Cass. pen., Sez. III, 8 luglio 2009, n. 36824, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. III, 11 giugno 2009, n. 31254, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. III, 24 ottobre 2008, n. 1268, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. III, 29 ottobre 2008, n. 43805 in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. III, 5 marzo 2008, n. 14170, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730 in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3230 ss., con nota di S. De Flammineis, *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*; Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2007, n. 42981, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. III, 6 dicembre 2006, n. 42210 in *Cass. pen.*, 2007, p. 3729; Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2006, n. 4331 in *Cass. pen.*, 2007, p. 2069.

⁹⁸ Tra gli arresti più recenti Cass. pen., Sez. VI, 16 aprile 2013, n. 18220, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. fer., 12 agosto 2010, n. 32355, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. III, 8 luglio 2009, n. 36824, cit.; Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2007, n. 42981, cit.

⁹⁹ Così il combinato disposto degli artt. 147 e 315 *bis* c.c., dopo le recenti modifiche intervenute nel diritto di famiglia con il D.lgs. 154/2013.

Prescindendo dalla possibilità di fondare sull'art. 147 c.c., vista la sua formulazione, l'obbligo giuridico di cui all'art. 40 cpv. c.p.¹⁰⁰, interessa qui sottolineare che il modello ascrittivo di responsabilità del genitore presenta una diversa fisionomia rispetto a quella propria dell'imputazione delle forze dell'ordine.

Il genitore, infatti, non ha un obbligo diretto di impedire reati da altri commessi, ma il suo dovere di scongiurare illeciti altrui deriva dall'obbligo di proteggere la propria progenie; in altre parole, deve impedire l'illecito altrui non di per sé (*dovere specifico*), ma perché questo offende un bene giuridico di un soggetto che ha l'obbligo di tutelare (*dovere funzionale*).

Ci si trova di fronte, dunque, ad una forma di concorso negativo che amplia ulteriormente la portata della formula di equivalenza: l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire *ex art. 40 cpv.* non è più il reato altrui, bensì l'offesa al bene giuridico che questo produce.

L'art. 40 cpv. c.p., letto come ipotesi speciale di concorso di persone nel reato, trova in quest'ultima forma d'imputazione la massima portata (e correlativamente la massima tensione con il principio di legalità): il concetto di evento naturalistico che si ha *l'obbligo di impedire* finisce per ricomprendere *l'effetto del reato altrui*, ovvero l'offesa al bene giuridico tutelato dalla disposizione incriminatrice, violata dall'autore dell'illecito con cui si concorre.

4. Il concorso negativo a titoli eterogenei: le ragioni della dottrina e la posizione della giurisprudenza

L'ultima declinazione giurisprudenziale del concorso negativo nel reato altrui si rinviene nella responsabilità colposa del garante per il delitto doloso da altri compiuto.

¹⁰⁰ Sulle necessarie caratteristiche che deve possedere la fonte da cui si fa discendere l'obbligo giuridico di cui all'art. 40 cpv. c.p., sia da un punto di vista formale di collocazione nell'ordinamento, sia sotto un profilo contenutistico, si veda *infra*, cap. V, parr. 4 e 5.

Problema pregiudiziale per valutare tale filone giurisprudenziale attiene all'ammissibilità stessa di un concorso a titoli eterogenei, argomento che, per l'economia del presente lavoro, non potrà che essere trattato cursoriamente¹⁰¹.

La dottrina maggioritaria, mentre ammette un concorso doloso nell'altrui delitto o contravvenzione colposi¹⁰², esclude l'ammissibilità di una partecipazione colposa nell'altrui delitto doloso¹⁰³⁻¹⁰⁴.

L'inammissibilità di una tale forma di concorso è fondata sostanzialmente su due argomenti.

(i) Un fondamentale sbarramento normativo al concorso colposo nel delitto doloso si rinverrebbe nel combinato disposto degli artt. 42, comma II, e 113 c.p.: se, infatti, è necessaria un'espressa previsione per

¹⁰¹ Si rileva fin da subito che non verrà trattata la concezione "unitaria" della partecipazione nel concorso di persone, sostenuta, tra gli altri, da G. Bettiol-L. Petoello Mantovani, *Diritto penale*, XII ed., 1986, pp. 669 ss. e O. Vannini, *Quid iuris? In tema di concorso di persone nel reato*, Milano, 1952, pp. 32 ss., ampiamente criticata, con argomentazioni risolutiva da F. Albergiani, *I reati di agevolazione*, cit., pp. 198 ss. e da C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, pp. 81 ss.

¹⁰² Sono favorevoli alla configurabilità di un concorso doloso nell'altrui reato colposo, tra gli altri, S. Ardizzone, *In tema di aspetto suriettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 68; F. Albergiani, *I reati di agevolazione*, cit., p. 200; L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 544; M. Gallo, *Appunti di diritto penale. Le forme di manifestazione del reato*, vol. III, Torino, 2003, pp. 191-192; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie*, Padova, 1993, pp. 455-456; G. Grasso, *Commento sub art. 113*, in M. Romano-G. Grasso, *Commentario*, cit., pp. 246-247; A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., pp. 395-397; F. Serraino, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 461-464; P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, pp. 229 ss. *Contra*, F. Argirò, *Le fattispecie tipiche*, cit., pp. 295 ss. e C. Pedrazzi, *Il concorso di persone*, cit., p. 82.

¹⁰³ Escludono l'ammissibilità di un concorso colposo nell'altrui delitto doloso F. Angioni, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Aa.Vv., Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, pp. 72-73; G. Cognetta, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 83; L. De Rosa, *Del concorso colposo nel delitto doloso*, in *Ind. pen.*, 2012, pp. 256 ss.; M. Gallo, *Appunti di diritto penale. Le forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 221 ss.; S. Ferrari, *Sul concorso colposo del medico psichiatra nell'omicidio doloso di un infermo di mente*, in *Giur. it.*, 2008, pp. 2286 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 356-357 e 456; G. Grasso, *Commento sub art. 113*, in M. Romano-G. Grasso, *Commentario*, cit., pp. 247-248; G. Insolera, *(Voce) Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 477; A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., pp. 397 ss.; F. Serraino, *Il problema della configurabilità*, cit., pp. 465 ss.

¹⁰⁴ Per l'economia del discorso non si tratterà il diverso tema del concorso colposo nell'altrui contravvenzione dolosa su cui si rimanda, per un quadro d'insieme, a F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., pp. 598 ss.

punire un soggetto a titolo colposo in relazione ad un delitto e nelle disposizioni concorsuali vi è esclusivamente la previsione della cooperazione in un delitto colposo e non in un delitto in genere, allora manca una norma che incrimini la partecipazione colposa ad un delitto doloso da altri realizzato¹⁰⁵.

(ii) Da un punto di vista sistematico, poi, ove il legislatore ha voluto punire ipotesi di partecipazione colposa ad un fatto illecito doloso altrui ha introdotto fattispecie nominate di agevolazione colposa¹⁰⁶.

Tali argomentazioni sono state criticate dalla dottrina minoritaria¹⁰⁷.

(i) Si è sottolineato che, «poiché la fattispecie plurisoggettiva, in base alla quale il concorrente risponde, discende dall'integrazione delle disposizioni sul concorso con la singola norma di parte speciale, il requisito della espressa previsione del "titolo" di responsabilità colposa può dedursi anche dalla singola norma incriminatrice, senza bisogno che, a questo scopo, venga formulata un'apposita disposizione nell'ambito del concorso»¹⁰⁸. Sotto altro profilo, la cooperazione ricomprenderebbe ipotesi di partecipazione tanto dolosa quanto colposa¹⁰⁹, per cui il riferimento al delitto colposo contenuto nella disposizione sarebbe «indirizzato all'individuazione del tipo di responsabilità e di connessa sanzione per colui che abbia cooperato con colpa»¹¹⁰.

(ii) Sotto il profilo sistematico si è obiettato all'impostazione maggioritaria che la previsione di figure nominate di agevolazione

¹⁰⁵ Si veda per tale argomentazione la dottrina già citata alla nota 103.

¹⁰⁶ In questo senso, tra gli altri, G. Cagnetta, *La cooperazione*, cit., p. 82.

¹⁰⁷ Pur con impostazioni diverse si vedano P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione*, cit., pp. 236 ss.; P. Aldrovandi, *Concorso nel reato colposo*, cit., pp. 96 ss.; G. Pighi, *La cassazione e l'incerta autonomia della cooperazione colposa*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 827-829.

¹⁰⁸ Così F. Albeggiani, *I reati di agevolazione*, cit., p. 209, nt. 62 (rilievo posto pur aderendo l'A. all'impostazione della dottrina maggioritaria).

¹⁰⁹ Secondo P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione*, cit., p. 8, non vi sarebbe differenza tra i concetti di concorso e cooperazione, tanto che l'art. 112, n. 2, c.p., che non si applica all'art. 113 c.p., stante l'esplicita preclusione del II comma della disposizione stessa, usa l'espressione "cooperazione nel reato", riferendosi necessariamente a forme di responsabilità plurisoggettive a titolo di dolo.

¹¹⁰ In questi termini, P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione*, cit., p. 237.

colposa non necessariamente è il portato dell'assenza di una generale incriminazione a titolo colposo per l'altrui delitto doloso, potendo dipendere dalla volontà del legislatore di prevedere una differente cornice sanzionatoria per la specifica condotta rispetto a quella generalmente applicabile sulla base della disciplina sul concorso di persone nel reato o dall'assenza di una corrispondente fattispecie incriminatrice colposa¹¹¹.

La argomentazioni dogmatiche enunciate dalla dottrina maggioritaria offrono le ragioni per cui solo recentemente la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile un concorso colposo nell'altrui delitto doloso.

Infatti, se il Giudice di legittimità non ha mai revocato in dubbio la possibilità di imputare a titoli diversi lo stesso evento, ove una pluralità di soggetti abbiano tenuto condotte indipendenti e causali rispetto all'evento tipizzato in una fattispecie incriminatrice¹¹², fino alla fine degli anni '90 ha escluso l'ammissibilità di un concorso colposo nel delitto doloso. In particolare, nell'arresto De Santis del 1996¹¹³ la Corte, accedendo all'esegesi proposta dalla dottrina maggioritaria, ha escluso il concorso colposo nel delitto doloso: «l'articolo 42, comma 2, c.p. richiede una espressa previsione, che, invece, manca, in quanto l'articolo 113 c.p. contempla il solo concorso colposo nel delitto colposo, parlando, come è stato sottolineato da autorevole dottrina, di "cooperazione nel delitto colposo" e non di "cooperazione colposa nel

¹¹¹ In questo senso F. Albeggiani, *I reati di agevolazione*, cit., p. 209, nt. 62 (rilievo posto pur aderendo l'A. all'impostazione della dottrina maggioritaria). In senso adesivo S. Crimi, *Concorso colposo nel delitto doloso: intersezioni e cointeressenze tra causalità e colpa, violazione dello scopo di protezione della norma, posizioni di garanzia ed orizzonti del principio di affidamento*, in *Riv. pen.*, 2008, p. 1349.

¹¹² Paradigmatica la responsabilità a titolo colposo del proprietario che viola le norme cautelari in relazione alla gestione di materiale infiammabile, che si affianca a quella dolosa di chi appicca l'incendio: le due condotte sono considerate dalla giurisprudenza cause indipendenti. Si vedano sul punto Cass. pen., Sez. IV, 20.5.1987, n. 8891, Rv. 176499, in *CED Cass. pen.*; Cass. pen., Sez. IV, 4.11.1987, n. 875, Rv. 177472, in *CED Cass. pen.*; Cass. pen., Sez. IV, 9.3.2009, n. 18997, Rv. 243994, in *CED Cass. pen.*

¹¹³ Si tratta di Cass. pen., Sez. IV, 11.10.1996, n. 9542, Rv. 206798, in *CED Cass. pen.*

delitto”»¹¹⁴. In precedenza, tale posizione era stata espressa dalla Cassazione in alcuni *obiter dicta*, senza, però, motivare l’assunto¹¹⁵.

Il *revirement* giurisprudenziale si rinviene nella sentenza Capecci del 2002¹¹⁶ in cui, pur in presenza di un’ipotesi di concorso di cause indipendenti, il Giudice di legittimità supera l’insegnamento del precedente De Santis, ammettendo la possibilità di un concorso colposo nell’altrui reato doloso. Le ragioni su cui la Cassazione fonda l’inversione di rotta sono due: (i) l’art. 42, comma II, sarebbe riferito solo alle disposizioni di parte speciale, non interessando la disciplina del concorso, per cui è sufficiente, per integrare una partecipazione a titoli eterogenei, che la fattispecie incriminatrice realizzata sia punita tanto a titolo doloso che colposo; (ii) sarebbe irragionevole che «una volta ammesso il concorso doloso nel delitto colposo (per il quale il legislatore non avrebbe posto preclusioni formali), si debba escludere la possibilità, astratta ed in via di principio, della corrispondente possibilità di configurare ipotesi di partecipazione colposa nel delitto doloso»¹¹⁷.

Le predette argomentazioni non paiono convincenti.

(i) Non si comprende perché l’art. 42, comma II, c.p. non opererebbe per le disposizioni in materia di concorso di persone: si tratta di

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., 3.2.1990, n. 2720, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1990, pp. 643 ss. con nota di A.L. Vergine, *Lottizzazione abusiva e responsabilità del notaio rogante: le Sezioni unite si pronunciano*; Cass. pen., Sez. III, 20.3.1991, n. 5017, in *Riv. pen.*, 1992, II, p. 49. Si tratta di casi di contestazione al notaio rogante di concorso colposo nella contravvenzione di lottizzazione abusiva, realizzata dagli acquirenti dei terreni che, successivamente alla vendita, realizzata con il ministero del notaio, edificavano illecitamente. Pur affermando la Cassazione l’impossibilità di concorrere a titolo colposo nella contravvenzione realizzata dolosamente da altri, va rilevato che tale insegnamento era da considerarsi un *obiter dictum*: la responsabilità del notaio era esclusa a monte dalla mancanza di un reato colposo cui ricondurre la condotta contestata, posto che il reato di lottizzazione abusiva era considerato una fattispecie esclusivamente dolosa; mancava, dunque, in ogni caso ed indipendentemente dalla possibilità di configurare un concorso a titoli eterogenei, una fattispecie colposa a cui ricondurre la condotta del pubblico ufficiale.

¹¹⁶ Precisamente Cass. pen., Sez. IV, 9.10.2002, n. 39680, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 448 ss., con nota di F. Serraino, *Il problema della configurabilità*, cit.; in *Cass. pen.*, 2005, pp. 811 ss., con nota di G. Pighi, *La cassazione e l’incerta autonomia*, cit.

¹¹⁷ Così Cass. pen., Sez. IV, 9.10.2002, n. 39680, cit.

un'affermazione del tutto immotivata¹¹⁸. Per di più, una tale impostazione pare condurre in un vicolo cieco interpretativo. Delle due l'una: (a) se non è necessaria una specifica previsione di un'incriminazione colposa dei contributi concorsuali atipici, allora l'art. 113 c.p. non è che un inutile doppione dell'art. 110 c.p., che sarebbe stato sufficiente, letto in combinato disposto con l'art. 42 c.p., ad incriminare i contributi sorretti da qualsiasi forma di elemento soggettivo: è evidente che tale esegesi è in contrasto con la necessaria interpretazione conservativa delle disposizioni; (b) se, invece, il titolo della responsabilità per il contributo atipico deve essere coperto da una specifica disposizione in materia di partecipazione al reato, allora l'art. 113 c.p. legittima solo un concorso colposo in un delitto colposo, non un'incriminazione a titoli eterogenei nel delitto doloso.

(ii) Il secondo argomento è evidentemente criptoanalogico. Il fatto che si possa ipotizzare «in linea astratta e di principio» l'incriminazione di una determinata condotta, non implica affatto che il legislatore l'abbia prevista: si può immaginare che un soggetto all'uscita di un ristorante, per errore, sottragga e si impossessi di una giacca non sua; nondimeno nessuno penserebbe di incriminarlo per il delitto di furto colposo, non perché sia impossibile in astratto da concepire o da tipizzare un'aggressione unilaterale colposa al patrimonio, ma, più semplicemente, perché, stante il principio di legalità, nessuno può essere punito per un fatto che non è previsto dalla legge come reato. Per di più, il contributo colposo e quello doloso al reato altrui presentano un disvalore nettamente distinto e non possono essere certo considerate ipotesi assimilabili.

La possibilità di punire il contributo colposo al delitto doloso altrui è stata confermata da successivi arresti della Suprema Corte¹¹⁹ ed arricchita di ulteriori argomenti.

¹¹⁸ Basti sul punto considerare che tale argomento è ipotizzato da F. Albergiani, *I reati di agevolazione*, cit., p. 209, nt. 62, che aderisce, però, alla tesi dell'atipicità nel nostro ordinamento del contributo atipico colposo all'altrui delitto doloso.

¹¹⁹ Si vedano in particolare, Cass. pen., Sez. IV, 14.11.2007, n. 10795, Pozzi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 440 ss., con nota di F. Cingari, *Presupposto e limiti della responsabilità penale dello*

In particolare, nella sentenza Calabrò del 2008¹²⁰, la Corte, dopo aver ripercorso le diverse posizioni espresse in materia nella giurisprudenza di legittimità, sviluppa due ulteriori argomenti a sostegno della configurabilità nel nostro ordinamento di un contributo colposo ad un delitto doloso.

(i) Per la Cassazione la previsione dell'art. 113 c.p. solo della cooperazione nel delitto colposo e non, più in generale, nel delitto non costituirebbe uno sbarramento al concorso a titoli eterogenei, ma si spiegherebbe semplicemente perché "non c'è dolo senza colpa"¹²¹; segnatamente, secondo la Suprema Corte, «la compartecipazione è stata espressamente prevista nel solo caso del delitto colposo perché, nel caso di reato doloso, non ci si trova in presenza di un atteggiamento soggettivo strutturalmente diverso, ma di una costruzione che comprende un elemento ulteriore – potrebbe dirsi "in aggiunta" – rispetto a quelli previsti per il fatto colposo, cioè l'aver previsto e voluto l'evento»¹²².

(ii) Inoltre, secondo la Corte, se è pacifica la possibilità di un concorso di cause indipendenti, caratterizzate da titoli eterogenei, sarebbe irragionevole escluderla per la partecipazione al delitto altrui ove, oltre al contributo causale, vi è un *quid pluris* dato dalla coscienza di partecipare ad un'attività comune: «il di più costituito da questa consapevolezza aggrava infatti, e non attenua, il disvalore sociale della

psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente, nonché in Riv. pen., 2008, pp. 1332 e ss., con nota di S. Crimi, *Concorso colposo nel delitto doloso*, cit., pp. 1344 ss. e in *Cass. pen.*, 2008, pp. 4622 ss. con nota di M. Baraldo, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, pp. 4638 ss. Per un ulteriore commento alla sentenza Pozzi si veda I. Palma, *Il concorso di persone nel reato a titoli soggettivi diversi: la Cassazione mette davvero un punto fermo?*, in *Riv. pen.*, 2009, pp. 315 ss.; *Cass. pen.*, Sez. IV, 30.1.2008, n. 8611, in *Leggi d'Italia*; *Cass. pen.*, Sez. IV, 12.11.2008, n. 4107, Calabrò e altro, Rv. 242831, in *CED Cass. pen.*; *Cass. pen.*, Sez. IV, 4.5.2010, n. 34748, in *Guida dir.*, 2010, 47, 84; *Cass. pen.*, Sez. IV, 14.7.2011, n. 34385, Baglivo, in *Riv. pen.*, 2012, pp. 984, con nota di A. De Leonardis, *Linee interpretative in materia di concorso colposo nel delitto doloso*, pp. 990 ss.

¹²⁰ Si tratta di *Cass. pen.*, Sez. IV, 12.11.2008, n. 4107, Calabrò e altro, Rv. 242831, cit.

¹²¹ Il richiamo fatto dalla Cassazione è alla nota teoria formulata da Marinucci nella sua critica alla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento in G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 3 ss.

¹²² *Ibidem*.

condotta: quale spiegazione razionale potrebbe trovare una soluzione affermativa sulla compartecipazione al reato doloso quando manca la consapevolezza di questa condotta e non quando questa consapevolezza esista?»¹²³.

Anche tali argomenti non paiono cogliere nel segno¹²⁴.

(i) Secondo lo stesso Marinucci, padre della nota teoria per cui “non c’è dolo senza colpa”¹²⁵, «la colpa non rappresenta soltanto un *minus* rispetto al dolo; è anche un *aliud*: si tratta cioè di un criterio di attribuzione della responsabilità che ha una struttura del tutto diversa»¹²⁶. Tale diversa struttura impone una specifica incriminazione, stante anche la limitazione in relazione ai delitti colposi posta dall’art. 42, comma II, c.p. In quest’ottica lo stesso autore riconosce una necessaria funzione tipizzante alla disposizione che disciplina la cooperazione nel delitto colposo: «l’art. 113 c.p. era norma necessaria per dare rilievo al concorso colposo nei delitti colposi, posto che la responsabilità per colpa nei delitti, ai sensi dell’art. 42, comma II, c.p. esige una previsione espressa»¹²⁷; da ciò non può che derivare l’atipicità del concorso colposo nel delitto doloso¹²⁸.

(ii) Quanto all’irragionevole esclusione della partecipazione a titoli eterogenei nei delitti, a fronte della possibilità di una concausazione dell’evento con condotte colpose e dolose, va rilevato che, non ammettendo il concorso, resterebbero impunte solo le condotte atipiche che accedono ad un delitto a forma vincolata (con o senza evento): infatti, accogliendo la disciplina codicistica la teoria della *condicio sine qua non* in tema di causalità, nei delitti d’evento a forma libera ogni condotta che costituisce un antecedente sarebbe già di per sé tipica. Conseguentemente, la mancata incriminazione di forme di

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Sul punto, per una condivisibile critica degli argomenti sviluppati dalla Cassazione si veda, da ultimo, F. Argirò, *Le fattispecie tipiche*, cit., pp. 299-300.

¹²⁵ L’affermazione dà il titolo al noto scritto di G. Marinucci, *Non c’è dolo senza colpa*, cit..

¹²⁶ Così G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 313.

¹²⁷ In questi termini, *ivi*, p. 442.

¹²⁸ In senso analogo, F. Argirò, *Le fattispecie tipiche*, cit., p. 299.

partecipazione colposa ad un altrui delitto doloso a forma vincolata ben potrebbe spiegarsi sulla base di una precisa scelta legislativa, dato lo scarso disvalore di condotta e d'intenzione che il contributo presenterebbe.

In definitiva, pare non potersi ammettere un concorso colposo in un delitto doloso, mancando una disposizione che ne preveda l'incriminazione.

Si è comunque rilevato¹²⁹ che, anche ammettendo la legittimità di un concorso colposo nell'altrui delitto doloso, molto rare sarebbero le ipotesi in cui apparirebbe in concreto riscontrabile.

Se si ritiene necessaria la sussistenza di un legame psicologico tra le condotte dei concorrenti per integrare la cooperazione colposa¹³⁰, una prima limitazione al concorso colposo nell'altrui delitto doloso è di tipo empirico, descrivendo condotte piuttosto peculiari: il partecipe deve, infatti, rappresentarsi di concorrere in una determinata attività con un altro soggetto, (a) senza accorgersi che costui sta agendo con dolo (nell'ipotesi di concorso in un delitto di mera condotta); (b) senza percepire che dalla condotta volontaria dell'agente possa derivare un evento o, pur rappresentandoselo, non ne voglia la verifica (nei casi di partecipazione ad un delitto d'evento).

Una seconda limitazione è dettata dalla necessità che la fattispecie incriminatrice sia prevista sia a titolo doloso che colposo, giacché, anche non riconoscendo valore di sbarramento alla disposizione del 113 c.p., opererebbe pur sempre la generale limitazione dell'art. 42, comma II, c.p. in relazione alla punibilità per delitti colposi.

¹²⁹ Per tutti F. Albergiani, *I reati di agevolazione*, cit., pp. 209 ss.

¹³⁰ Ritiene necessario tale legame psicologico la dottrina maggioritaria, tra gli altri, F. Albergiani, *I reati di agevolazione*, cit., pp. 186 ss.; P. Aldrovandi, *Concorso nel reato colposo*, cit., pp. 90 ss.; G. Grasso, *Commento sub art. 113*, cit., pp. 237 ss.; L. Risicato, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 157 ss. *Contra*, L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., pp. 551 ss.; P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione*, cit., pp. 72 ss. e G. Cagnetta, *La cooperazione*, cit., p. 88 ss. per cui sarebbe sufficiente per integrare l'elemento soggettivo della cooperazione colposa la prevedibilità dell'altrui condotta concorrente con la propria.

Infine, il generale principio di affidamento¹³¹ limita ulteriormente il campo di applicazione del concorso colposo nel delitto doloso: se il cittadino può legittimamente attendersi che gli altri consociati tengano condotte osservanti le norme cautelari, *a fortiori* potrà ritenere che si astengano dall'integrare delitti dolosi, con i soli limiti della prevedibilità in concreto dell'altrui comportamento illecito o della sussistenza di un obbligo in capo al concorrente di impedire proprio la condotta altrui o le sue conseguenze, che escludono l'operatività del principio¹³².

Fra le ipotesi che al vaglio della giurisprudenza hanno passato il setaccio delle tre limitazioni sopra descritte vi sono i casi di responsabilità colposa: (a) dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi realizzati da un paziente avuto in cura¹³³ o a cui si è rilasciata l'idoneità per l'ottenimento del porto d'armi¹³⁴; (b) dell'infermiera per l'omicidio volontario consumato ai danni di un paziente da altro degente con problemi psichiatrici all'interno di una struttura ospedaliera¹³⁵; (c) del Dirigente della Questura che non ritira l'arma ad un proprio agente che, dopo aver tenuto una serie di condotte aggressive verso i vicini e la moglie, note al Dirigente stesso, uccide con la pistola di ordinanza proprio la moglie e il cognato¹³⁶.

Tra questi casi, (a) in concreto la responsabilità degli psichiatri¹³⁷ è stata sempre imputata (correttamente) a titolo commissivo: nel caso

¹³¹ Sul principio di affidamento in generale si vedano M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, *passim*; F. Mantovani, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 536 ss.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in G. Marinucci-E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2003, pp. 92 ss. Per una sintesi delle diverse posizioni prospettate in dottrina sulla relazione tra concorso colposo in delitto doloso e principio di affidamento si veda S. Crimi, *Concorso colposo nel delitto doloso*, cit., pp. 1351 ss..

¹³² Sul punto si veda P. Aldrovandi, *Concorso nel reato colposo*, cit., pp. 113 ss.

¹³³ Si veda Cass. pen., Sez. IV, 14.11.2007, n. 10795, Pozzi, cit.

¹³⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 12.11.2008, n. 4107, Calabrò e altro, cit.

¹³⁵ Si tratta di Cass. pen., Sez. IV, 30.1.2008, n. 8611, cit.

¹³⁶ È la decisione Cass. pen., Sez. IV, 14.7.2011, n. 34385, Baglivo, cit.

¹³⁷ Per un ricco quadro sulla responsabilità degli psichiatri in relazione agli atti auto ed etero aggressivi si veda G. Dodaro, *Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente. Gli orientamenti della giurisprudenza*

Calabrò¹³⁸ per aver attestato l'idoneità del soggetto con disturbi psichici ad ottenere il porto d'armi, grazie al quale ha acquistato la pistola utilizzata per gli omicidi realizzati; nella decisione Pozzi¹³⁹, per avere il medico ridotto drasticamente la terapia antipsicotica del paziente, realizzando così un antecedente causale necessario alla successiva condotta omicidiaria dello stesso, posto che, mantenendo il trattamento stabile, si sarebbe normalizzata la sua aggressività. Nell'unico caso, più risalente, in cui è stato imputato lo psichiatra per non aver impedito l'omicidio plurimo, commesso da un paziente in cura al servizio di igiene mentale di cui era responsabile, la Corte ha escluso in capo al medico un «potere o dovere di intervento»¹⁴⁰.

(b) Nel caso dell'infermiera¹⁴¹ che non ha vigilato sui pazienti, malati psichici, permettendo ad uno di essi di ucciderne un altro, è stato, invece, riconosciuto dal giudice di legittimità un concorso negativo colposo nell'altrui delitto doloso. In questa ipotesi, pare, però, emergere dal percorso motivazionale della Suprema Corte che si contesti all'infermiera di aver violato un obbligo di protezione più che un dovere di controllo, cioè di non aver salvaguardato la vita di un paziente piuttosto che di non aver impedito la condotta illecita altrui. Così strutturata l'imputazione, la responsabilità dell'infermiera non è da considerarsi concorsuale, ma monosoggettiva, dovendo impedire l'evento dannoso per la salute del paziente affidato, indipendentemente dal percorso causale che innesca il rischio e la sua verifica¹⁴².

(c) Infine, assai peculiare è l'ipotesi di concorso negativo del Dirigente della Questura nel duplice omicidio realizzato da un proprio

penale (1978-2010), in G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011, pp. 19 ss.

¹³⁸ Cass. pen., Sez. IV, 12.11.2008, n. 4107, Calabrò e altro, cit.

¹³⁹ Cass. pen., Sez. IV, 14.11.2007, n. 10795, Pozzi, cit.

¹⁴⁰ Così Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 1987, Bondioli, in *Foro italiano*, 1988, II, pp. 107 ss., con nota di G. Fiandaca, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, pp. 107 ss. e di A. Manacorda, *Responsabilità dello psichiatra per fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni*, pp. 118 ss.

¹⁴¹ Cass. pen., Sez. IV, 30.1.2008, n. 8611, cit.

¹⁴² Si veda *supra*, cap. III, par. 2.

sottoposto, valutata nel caso Baglivo¹⁴³. Secondo i giudici di merito e la Suprema Corte, l'obbligo di impedire il reato altrui scaturirebbe dal ruolo di comando e di controllo riconosciuto al Dirigente sugli agenti posti sotto la sua responsabilità. La Corte, però, non esplicita le norme che imporrebbero un obbligo di controllo sull'uso delle armi da parte dei sottoposti, limitandosi a rilevare che l'imputato avrebbe avuto tra i propri poteri-doveri quello di ritirare l'arma ai membri delle forze dell'ordine che abbiano mostrato segni di squilibrio psichico. Come si vedrà oltre, l'esistenza di poteri-doveri è profilo diverso dall'esistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento, potendo sussistere gli uni e non l'altro, ma essendo entrambi elementi necessari (e non ancora sufficienti) per imputare al cittadino di non aver impedito il reato altrui.

In definitiva, l'ipotesi di concorso negativo colposo nel delitto doloso pare trovare un fondamentale limite normativo nel combinato disposto degli artt. 42, comma II, e 113 c.p., sbarramento riconosciuto anche in un recente *obiter dictum* di una decisione della Corte Costituzionale¹⁴⁴, e sembra, in ogni caso, attenere ad ipotesi del tutto residuali, costruite su obblighi giuridici d'impedimento tutt'altro che facilmente individuabili.

¹⁴³ Cass. pen., Sez. IV, 14.7.2011, n. 34385, Baglivo, cit.

¹⁴⁴ Nella sentenza Corte Cost., 19.3.2012, n. 58, si legge: «oltre al concorso doloso o colposo nell'illecito amministrativo rispettivamente doloso o colposo e al concorso doloso nell'illecito colposo, è perseguibile anche il concorso colposo nell'illecito doloso, non sussistendo alcun impedimento legislativo come quello che suole desumersi per i delitti dall'art. 113 c.p.» (corsivi dello scrivente).

CAPITOLO IV

L'OMESSO IMPEDIMENTO DEL REATO ECONOMICO ALTRUI COME PARADIGMA (PRETORIO) DELL'ILLECITO PENALE NELLA SOCIETÀ DEL RISCHIO

SOMMARIO: 1. Ambientamento: l'omesso impedimento del reato economico altrui.
– 2. Il successo giurisprudenziale dell'omesso impedimento del reato economico altrui: “non solo c'è bisogno di responsabilità, ma anche di colpevoli”. – 3. L'omesso impedimento del reato altrui come incarnazione pretoria di un nuovo modello d'imputazione propria del diritto penale economico? – 4. Le direttrici di un tentativo di invertire la rotta: il ritorno alla sequenza legalità-tipicità-colpevolezza.

1. Ambientamento: l'omesso impedimento del reato economico altrui

Si è vista nel capitolo precedente l'esiguità di casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto il concorso negativo nel reato altrui in relazione alle fattispecie classiche del diritto penale; ben diverso il quadro se si volge lo sguardo ai reati economici e, in particolare agli illeciti societari, fallimentari e finanziari, oggetto della presente ricerca.

Frequentissimo è, infatti, nella giurisprudenza il riconoscimento della responsabilità di amministratori (di fatto e di diritto, esecutivi e non) e sindaci per non aver impedito il reato economico realizzato da altri soggetti interni all'ente.

Il modello ascrittivo adottato dalla giurisprudenza in materia è stato aspramente criticato dalla dottrina¹⁴⁵, che non ha mancato di rilevare una deriva verso una responsabilità da posizione per amministratori e sindaci¹⁴⁶. In effetti, le Corti di merito e di legittimità tendono nella prassi ad impoverire il contenuto e l'accertamento dei

¹⁴⁵ Sui singoli profili critici si rinvia al prosieguo della trattazione. Per un'analisi generale delle criticità si rinvia fin da ora a F. Centonze, *Controlli societari*, cit., *passim*.

¹⁴⁶ Evidenza *apertis verbis* tale questione M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione*, cit., *passim*.

fondamentali momenti di tipicità e selettività del paradigma imputativo.

Sul piano dell'elemento oggettivo dell'illecito penale, la prassi giurisprudenziale tende ad omettere la verifica della sussistenza e dell'idoneità impeditiva dei poteri attribuiti ai garanti e ad obliterare l'accertamento del nesso di causalità omissivo: l'imputazione si risolve in una forma di *Taterschwerung*¹⁴⁷, il rimprovero è di non aver reso più difficile all'esecutore del reato la sua realizzazione¹⁴⁸.

Né alcuna capacità selettiva pare avere il carattere principalmente doloso delle fattispecie proprie del diritto penale societario, fallimentare e finanziario: il dolo, sostanzialmente normativizzato, tende ad assorbire tutto il proprio oggetto nel momento rappresentativo, peraltro meramente potenziale ("*non poteva non sapere*" – "*inerzia dolosa*" fondata sulla "*conoscibilità concreta*" dei reati *in itinere*). Si assiste alla mutazione del dolo eventuale, in «*eventualità di dolo*»¹⁴⁹ fino a connotarsi come «*dolo di posizione*»¹⁵⁰.

Per di più, la giurisprudenza pare attribuire ad amministratori e sindaci un obbligo di impedimento del reato altrui di tipo funzionale¹⁵¹: il garante deve scongiurare tutti gli illeciti penali, non in virtù di un obbligo specifico in tal senso, bensì come dovere finalizzato a salvaguardare gli interessi patrimoniali della società, dei soci e dei terzi.

In questo contesto il comando indirizzato ai *gatekeepers* pare essere: "impedisci con qualsiasi mezzo qualsiasi reato che possa provocare un danno alla società, ai soci, ai creditori o ai terzi".

¹⁴⁷ Si vedano nella dottrina tedesca O. Ranft, *Das garantispflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung*, in *ZStW*, 1985, p. 268 ss. e R.D. Herzeberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlino-New York, 1972, p.261, autori richiamati da L. Riscato, *Combinazione ed interferenza*, cit., p. 434.

¹⁴⁸ Cfr. L. Riscato, *Combinazione ed interferenza*, cit., p. 434

¹⁴⁹ Così, icasticamente, F.M. Iacoviello, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3161.

¹⁵⁰ L'espressione è di 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, p. 503; in generale, sul concetto di dolo di posizione, G. P. Demuro, *Il dolo. L'accertamento*, Milano, 2010, pp. 366 ss.

¹⁵¹ Si veda *supra*, cap. III, par. 3.

Un tale modello di tipicità “liquida”¹⁵² finisce per essere «un incrocio senza semaforo, senza regole precostituite di precedenza: la soluzione del singolo caso è rimessa alla buona volontà dell’interprete che nel singolo caso potrà far prevalere ora le esigenze della legalità ora quelle della tutela»¹⁵³; peraltro, guardando non solo alle decisioni giurisprudenziali sui grandi scandali finanziari italiani, dal fallimento del Banco Ambrosiano fino al *crac* del gruppo Parmalat, ma anche alle ipotesi di reati societari, fallimentari e finanziari meno rilevanti, che riempiono i repertori, non è difficile scorgere quale tra le predette istanze risulti maggiormente sentita.

Le esigenze di tutela dei risparmiatori e dei creditori sociali hanno finito per caratterizzare la prassi per una penalizzazione a “proiezione reticolare”¹⁵⁴, coinvolgendo molto spesso i processi, specie per delitti fallimentari, tutti i controllori, indipendentemente dalla specifica funzione, periodo o momento storico dell’impresa in cui hanno rivestito la carica societaria di interesse penalistico. D’altro canto, le istanze repressive sono state fortemente alimentate dalla massificazione delle vittime, stilema dei delitti economici della post-modernità¹⁵⁵.

Dunque, parrebbe fare da contraltare alla *vittimizzazione diffusa* la *criminalizzazione diffusa* dei *controllori*, con il rischio, che non si è mancato di evidenziare, di una «distorsione prospettica del processo penale, come luogo di celebrazione di un rito vendicativo»¹⁵⁶.

¹⁵² Il riferimento è alle notissima metafora della liquidità contenuta nelle opere di Bauman e, in particolare in Z. Bauman, *Modernità liquida*, Bari, 2011, e Id., *Paura liquida*, Bari, 2008.

¹⁵³ M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione*, cit., p. 359.

¹⁵⁴ L’espressione è di C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, Milano, 2004, pp. 346-347.

¹⁵⁵ Sul punto, tra gli altri, A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 116 ss.; C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., *passim*; J.M. Silva Sánchez, *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, *passim*.

¹⁵⁶ In questi termini A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 116.

2. Il successo giurisprudenziale dell'omesso impedimento del reato economico altrui: "non solo c'è bisogno di responsabilità, ma anche di colpevoli"

Il numero significativo di decisioni in cui la Suprema Corte ha riconosciuto un concorso negativo dei controllori societari nei reati da altri commessi nell'esercizio dell'attività d'impresa, a fronte dell'esigua casistica in relazione all'omesso impedimento delle fattispecie classiche¹⁵⁷, porta ad interrogarsi sulle ragioni del successo di tale paradigma ascrittivo.

Due potrebbero individuarsi come i fattori, strettamente connessi tra loro, di espansione e di successo del paradigma ascrittivo in relazione ai delitti fallimentari, finanziari e societari: (i) la *fruibilità processuale* e (ii) la *capacità simbolica*.

(i) In effetti, l'esegesi propugnata dalla giurisprudenza ha sgretolato tutti i principali momenti selettivi del modello imputativo, creando una nuova fattispecie a maglie larghissime, *iperdeterminata*: la previsione incriminatrice così impoverita è *iper-rispettosa* della «esigenza che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo attraverso i criteri messi a disposizione dalla scienza e dall'esperienza»¹⁵⁸.

(i-a) La condotta impeditiva doverosa trova i propri confini solo nell'inesigibilità e nell'antigiuridicità dell'azione. La Suprema Corte ritiene, infatti, che il garante debba attivare ogni possibile potere, giuridico o di fatto, connesso o meno con la propria funzione, con il solo limite dei comportamenti illeciti: spetta, infatti, al giudice «rinvenire la relativa esistenza [dei poteri] nella dotazione disponibile al soggetto», considerando che «l'area interessata è quella più prossima all'attività

¹⁵⁷ Si veda *supra*, cap. III.

¹⁵⁸ Il richiamo è a G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, p. 163.

professionalmente esercitata [dal garante], ma nulla vieta di ipotizzare rimedi diversi contrassegnati da efficacia impeditiva»¹⁵⁹.

La condotta doverosa dovrebbe, dunque, essere selezionata sulla base della sua “efficacia impeditiva”, ma la prova della causalità omissiva è apertamente obliterata dalla Cassazione, giunta a sostenere che «non è indispensabile (né possibile) conoscere con certezza "scientifica" (non trattandosi di un esperimento ripetibile) se – attivandosi il [sindaco] e, con lui, il collegio – l'evento (quegli eventi) sarebbe stato sicuramente evitato nella sua realizzazione o, almeno, in alcune modalità della sua realizzazione, ma tale è il presupposto dal quale il legislatore muove», tanto che potrebbe parlarsi di «nesso eziologico *in re ipsa*»¹⁶⁰.

In tal modo pare di ricercare invano la tipicità: la condotta dovrebbe essere selezionata in quanto impeditiva, ma tale carattere è da considerarsi “*in re ipsa*” nell’esercizio della condotta tipica. Ciascun elemento (condotta impeditiva e causalità omissiva) dovrebbe selezionare l’altro, ma senza che sia possibile discernere un punto di partenza e di arrivo nell’esegesi.

(i-b) La conseguenza di una tipicità costruita in un *labirinto impossibile* trova il proprio diretto portato nell’oggetto del dolo (sempre eventuale), accontentandosi la giurisprudenza della rappresentazione (*sbiadita*) in capo al garante della possibile esistenza di illeciti *in itinere*.

Oltre all’oggetto del dolo (eventuale), vi è un mutamento pretorio dei connotati strutturali del momento rappresentativo e dei criteri del suo accertamento, tutto incentrato sulla c.d. teoria dei segnali d’allarme e sul paradigma del “non poteva non sapere”, a fronte del quale, l’inerzia assume l’inequivoco tratto della volontarietà dell’omissione: per dimostrare la sussistenza del dolo è sufficiente la prova che gli elementi che presagiscono l’illecito «fossero talmente forti ed evidenti

¹⁵⁹ Così Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in *Riv. dott. comm.*, 2012, pp. 187 ss., 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*.

¹⁶⁰ Così Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2011, n. 31163 in *Cass. Pen.* 2012, p. 1506.

da doversi necessariamente imporre anche all'attenzione del più noncurante e distratto degli amministratori o dei sindaci»¹⁶¹.

In definitiva, alla «prova della conoscenza del fatto» si equipara la «prova della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attuazione del potere informativo in presenza di segnali inequivocabili»¹⁶². Come esattamente sottolineato da Pedrazzi, «passando disinvoltamente dal piano della possibilità (sempre tale anche se "ragionevole") al piano dell'attualità psicologica, quasi fossero *unum et idem*, altro non si fa che rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo»¹⁶³.

(i-c) Un ulteriore aspetto di fruibilità processuale va rinvenuto nel carattere di *paradigma secondario* o *debole di ascrizione*: si vuole intendere che gli stessi elementi probatori, inidonei a provare un accordo tra autore dell'illecito e controllore (*modello ascrittivo primario o forte*), possono essere sufficienti a fondare il rimprovero in capo al controllore per l'omesso impedimento del reato altrui (*modello ascrittivo secondario o debole*).

(ii) Questo modello ascrittivo debole ha una potente *capacità simbolica*: come esattamente notato, la società del rischio¹⁶⁴ fomenta le esigenze di controllo e la moltiplicazione dei controllori al fine di alleviare (*ex ante*) l'ansia della post-modernità¹⁶⁵. Per ciò che qui interessa, gli scandali finanziari producono la moltiplicazione dei garanti¹⁶⁶.

Di fronte, però, al costante verificarsi di illeciti penali societari, finanziari e fallimentari nonostante l'*escalation* dei controlli, l'alternativa che si pone è: disconoscere alla radice che lo strumento sia efficace in

¹⁶¹ Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088 in *Leggi d'Italia*. Tale arresto è oggetto delle condivisibili critiche di 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, pp. 324.

¹⁶² Alla lettera Cass. pen., Sez. V, 30 novembre 2011, n. 3708, in *Banca dati DeJure*.

¹⁶³ Così C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, p. 1265.

¹⁶⁴ Secondo la nota definizione di U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

¹⁶⁵ Sul punto fondamentale F. Centonze, *Controlli societari*, cit., *passim*.

¹⁶⁶ *Ivi*, pp. 73 ss.

relazione allo scopo, oppure confermare il sistema congegnato e riversare la responsabilità del fallimento sui suoi ingranaggi.

Solo la seconda via garantisce la tenuta della fiducia nel sistema: l'esito è che «non solo c'è bisogno di responsabilità, ma anche di colpevoli»¹⁶⁷.

3. L'omesso impedimento del reato altrui come incarnazione pretoria di un nuovo modello d'imputazione propria del diritto penale economico?

Le caratteristiche più sopra abbozzate dell'omesso impedimento del reato altrui e il suo evidente successo giurisprudenziale, in relazione agli illeciti finanziari, societari e fallimentari, parrebbero trovare una spiegazione ulteriore nella capacità del paradigma ascrittivo di porsi in linea con le peculiarità proprie del modello idealtipico di reato economico della post-modernità, se non a costituirne una incarnazione (pur pretoria).

Autorevole dottrina¹⁶⁸ ha individuato i caratteri del reato economico come antitetici a quelli del diritto penale classico, al *Kernstrafrecht* (diritto penale nucleare).

Il primo punto di netta differenziazione risiede nella modalità di tipizzazione dell'illecito: «in tema di *fonti* nel "diritto sanzionatorio economico" (...) sono dominanti, e non recessive, la normazione "per rinvio" (a fonti tecniche o regolamentari) e, soprattutto, le norme penali in bianco ("*Blanketttatbestände*"), tecniche viceversa eccezionali, e costituzionalmente sospette, nel "diritto penale nucleare" ("*Kernstrafrecht*")»¹⁶⁹. Come si è visto uno dei nuclei fondamentali del reato omissivo improprio e, conseguentemente, dell'omesso

¹⁶⁷ Così A. Garapon, *Juez y democracia*, Barcellona, 1997, p. 104, come citato da J.M. Silva Sánchez, *L'espansione del diritto*, cit., p. 22.

¹⁶⁸ Si vedano i fondamentali studi di C.E. Paliero, *La fabbrica*, cit., p. 466 ss.; Id., *L'autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1220 ss.; per uno sviluppo di tali tematiche, C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., *passim*.

¹⁶⁹ C.E. Paliero, *La fabbrica*, cit. p. 477.

impedimento del reato altrui, è l'obbligo giuridico di impedire l'evento: tale elemento di fattispecie è rimesso all'individuazione dell'interprete attraverso il rinvio in bianco dell'art. 40 cpv.

Ancor più netta la dicotomia tra diritto penale classico e diritto penale economico in punto di «schema della responsabilità», essendo antitetici i caratteri idealtipici dei due modelli.

Il paradigma imputativo (idealtipico) del *Kernstrafrecht* ha come caratteristiche salienti: «(a) di essere una responsabilità *individuale*; (b) di prevedere, come forma di imputazione *normale*, la *realizzazione monosoggettiva* della condotta tipica; (c) di essere una responsabilità orientata al normotipo *commissivo* di condotta; (d) di imputare, di regola, la condotta stessa in quanto produttiva di un *evento* lesivo»¹⁷⁰; (e) di richiedere per ascrivere soggettivamente l'illecito un "dolo-motivazione" ovvero «un dato psichico di natura reale»¹⁷¹.

L'idealtipo, invece, del reato economico è sostanzialmente rovesciato: (a) «tipica è la *responsabilità collettiva* e non quella *individuale*»¹⁷²; (b) la natura necessariamente *organizzata* e *gerarchizzata* dei moderni comportamenti economici (...), le cui caratteristiche si riassumono essenzialmente nella *burocratizzazione* e nella *segmentazione del potere*», rende priva «di senso la ricerca di una *condotta individuale principale*, alla quale fare accedere le condotte individuali *secondarie*»¹⁷³; (c) vi è «la piena *interscambiabilità tra fare ed omettere* a livello di *struttura del tipo delittuoso*», tanto che «la *responsabilità omissiva* (...) diviene la *regola* e non l'*eccezione* del sistema imputativo»¹⁷⁴ «nell'ambito di un più complesso comportamento collettivo, rispetto al quale assume significato soltanto la distinzione per "ruolo" e per "sfera di rischio"»¹⁷⁵; (d) «prevalgono i reati modellati sul pericolo astratto e i reati

¹⁷⁰ *Ivi*, p. 482.

¹⁷¹ *Ivi*, pp. 502-503.

¹⁷² *Ivi*, p. 482.

¹⁷³ *Ivi*, p. 483.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

d'obbligo»¹⁷⁶; (e) il dolo perde la sua connotazione di dato psichico di natura reale, attraverso «[l']ipostatizzazione normativa (per *homunculi* motivazionali standardizzati) dell'oggetto e [la] semplificazione processuale (per presunzioni e "pregiudizi di genere") dell'accertamento del dolo stesso», fino ad acquisire i tratti di un «"dolo di posizione"»¹⁷⁷.

Orbene, come si può subito comprendere, l'omesso impedimento del reato altrui, nella prassi giurisprudenziale, assume su di sé molti dei caratteri della fattispecie incriminatrice idealtipica del diritto penale economico, pur gemmando da disposizioni classiche come l'art. 40 cpv. c.p. e i reati fallimentari.

In primo luogo, (a) il reato che si ha l'obbligo di impedire si realizza in una dimensione *collettiva* e *organizzata* e (c) viene imputato sulla base del ruolo ricoperto dal soggetto nella struttura. Per di più, si è visto¹⁷⁸ che l'imputazione commissiva od omissiva dell'illecito risultano indifferenti, tanto che l'alternativa è spesso risolta sulla base di esigenze probatorie (modello ascrittivo primario o forte *vs* modello ascrittivo secondario o debole). Infine, (d-e) il paradigma dell'omesso impedimento del reato altrui, dati la detassativizzazione¹⁷⁹ e il depotenziamento dell'accertamento relativi ai poteri impeditivi, al nesso causale e al dolo, si sostanzia in un rimprovero per non avere tenuto la condotta attesa dall'ordinamento (tipico dei *Pflichtdelikte*¹⁸⁰).

La giurisprudenza, attraverso la complessiva detassativizzazione degli elementi selettivi del concorso negativo nel reato altrui, sia nel momento oggettivo che in quello soggettivo, ha per tale via creato un modello d'incriminazione della "post-modernità", utilizzando le

¹⁷⁶ *Ivi*, p. 484.

¹⁷⁷ Così C.E. Paliero, *La fabbrica*, p. 503, corsivi dell'Autore.

¹⁷⁸ *Supra* par. 4.

¹⁷⁹ Per una fondamentale esposizione del "fenomeno" di detassativizzazione giurisprudenziale si veda, F.C. Palazzo, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in materia penale*, Napoli, 1991, pp. 27 ss

¹⁸⁰ Sul concetto di reato d'obbligo si veda C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, pp. 52 ss., che ivi richiama Id., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963, pp. 352 ss.

disposizioni del diritto penale classico: il prezzo della penalizzazione pretoria dell'economia rischia di pagarsi in termini di rispetto dei principi di legalità e colpevolezza.

In definitiva, il percorso di impoverimento della tipicità dell'art. 40 cpv, pur letto estensivamente, compiuto dalla giurisprudenza, che ha privilegiato il momento della sanzione/tutela della collettività e della vittima a quello della garanzia/tutela del (eventuale) reo, ha condotto ad un "tipo aperto"¹⁸¹, di cui è difficile individuare i connotati.

L'apertura del tipo, però, potrebbe condurre a *conseguenze paradossali* proprio sul terreno della *capacità del sistema dei controlli di impedire reati* (quindi, in definitiva, di tutelare la collettività, ragione fondamentale della sua genesi), se è vero quanto osservava Pedrazzi già nel 1979¹⁸², proprio in tema di criminalità economica: «una minaccia penale sfumata, nei suoi contorni, da un alone di indeterminatezza finisce per esercitare un'azione disincentivante a raggio troppo vasto (...). Il *rischio*, chiaramente, è di provocare un fenomeno generalizzato di *fuga dalle responsabilità*, del quale non è difficile scorgere, qua e là, i segni premonitori. Sarebbero, paradossalmente, proprio *gli operatori più coscienti ad abbandonare per primi il campo*: effetto perverso di pretese moralizzatrici non sufficientemente controllate»¹⁸³.

4. Le direttrici di un tentativo di invertire la rotta: il ritorno alla sequenza legalità-tipicità-colpevolezza

Di fronte ad un "tipo aperto", di genesi pretoria, e che potrebbe avere effetti perversi proprio in un'ottica di *mezzo utilizzato* rispetto al *fine perseguito*, si proverà a ridare fisionomia (ove possibile) al

¹⁸¹ Sul carattere del reato d'obbligo come forma paradigmatica di "tipo aperto" C.E. Paliero, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, pp. 112 e 113.

¹⁸² Si tratta di C. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa*, in AaVv., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, ora anche in C. Pedrazzi, *Diritto penale*, vol. III, Milano, 2003, cui ci si riferirà per le citazioni.

¹⁸³ *Ivi*, p. 140, corsivi aggiunti.

paradigma ascrittivo tramite il vaglio di tutti gli snodi dell'imputazione alla luce della sequenza legalità-tipicità-colpevolezza.

In effetti, la formulazione del precetto, sostanzialmente compiuta dall'autorità giudiziaria, e il suo oggetto sconfinato, consistente in un comando, almeno in parte, impreciso e di dubbia esigibilità, meritano per tali caratteri di essere passati al setaccio dei principi fondamentali dello statuto Costituzionale (precisione, tassatività, determinatezza e colpevolezza) e Convenzionale (prevedibilità e accessibilità del precetto e colpevolezza) del diritto penale.

Si cercherà di impostare il percorso sul doppio binario della compatibilità del paradigma ascrittivo con i predetti principi fondamentali sia nel momento della formulazione del precetto, sia in quello della sua verifica processuale.

Tale verifica non potrà prescindere dalla necessaria tripartizione del concetto di fattispecie¹⁸⁴ in: (i) *fattispecie astratta*, ovvero la descrizione normativa dell'illecito; (ii) *fattispecie reale*, intesa come il fatto storico oggetto del giudizio; (iii) *fattispecie concreta*, che individua «o la fattispecie astratta pensata nel suo divenire storico o quella concreta, ridotta mediante astrazione, ad esempio o caso del tipo astratto»¹⁸⁵. La funzione della tripartizione è quella di ridurre il rischio del «richiamo dell'«episodio»», ovvero la tendenza, tipica della giurisprudenza, «di piegare lo strumento penale alle esigenze direttamente manifestate dai fatti storici, con un'attenzione tutta sbilanciata sulle conseguenze concrete e contingenti dell'applicazione legislativa»¹⁸⁶.

Punto di riferimento sarà, poi, il concetto di «tipicità come risultato dell'interpretazione»¹⁸⁷: si ricercheranno «formule concettuali

¹⁸⁴ Tale tripartizione è formulata da A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, pp. 39 ss., richiamando gli studi di G. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, pp. 115 ss. e A.E. Cammarata, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929, pp. 28 ss.

¹⁸⁵ In questi termini A. Gargani, *Dal corpus delicti*, cit., p. 44.

¹⁸⁶ Così F.C. Palazzo, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 38.

¹⁸⁷ C. Sotis, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1149 ss.

doppiamente valide (...) ovvero basate su criteri idonei ad afferrare le reali esigenze selettive imposte dalla norma e dai principi» e «determinabili processualmente, cioè accertabili e fruibili al momento della loro applicazione»¹⁸⁸. In quest'ottica, il principio di tipicità impone di «ricostruire e scolpire la tipicità della norma, valorizzando tutti gli indicatori necessari a tale scopo, e di conseguenza, accertati con lo stesso rigore, proprio perché accomunati dalla medesima funzione di garantire la legalità del sistema»¹⁸⁹.

Nella specie si tenterà di riempire di contenuto il paradigma, attraverso i seguenti snodi fondamentali:

- i. la fondazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento su una norma che espressamente e precisamente imponga un dovere di impedimento, permettendo di individuare con sufficiente chiarezza tanto il garante quanto l'evento da scongiurare;
- ii. l'identificazione dei poteri impeditivi esclusivamente in quelle facoltà tipizzate dalla fonte creatrice dell'obbligo giuridico o da altra fonte connessa e correlate alla specifica posizione di garante;
- iii. la rigorosa prova del nesso di causalità secondo il modello di accertamento indicato dalla sentenza Franzese¹⁹⁰;

¹⁸⁸ *Ivi*, p. 1150.

¹⁸⁹ *Ivi*, p. 1155.

¹⁹⁰ Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1133 ss. Tra i commenti fondamentali si vedano 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.; O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, pp. 608 ss.; A. Di Martino, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 58 ss.; F. Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 767 ss. Per un'analisi del portato attuale della predetta storica decisione si vedano, con diverse prospettive, F. D'Alessandro, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, pp. 331 ss.; P. Tonini, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1225 ss.; F. Viganò, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2013.

- iv. il recupero del momento volitivo del dolo del controllore, anche attraverso l'individuazione dei suoi possibili criteri di accertamento.

In definitiva, da un punto di vista metodologico, si cercherà di rispettare l'auspicio-linea guida formulato da Volk per cui «più le leggi sono ampie ed indeterminate, più dovrebbero essere precise e stringenti le regole della dommatica»¹⁹¹.

¹⁹¹ K. Volk, *Diritto penale ed economia*, in *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, p. 204.

CAPITOLO V

LE CARATTERISTICHE DI CONTENUTO E DI FONTE DELL'OBBLIGO GIURIDICO DI IMPEDIRE IL REATO ECONOMICO ALTRUI: IL PRIMO LIMITE AL "TIPO APERTO"

SOMMARIO: 1. Le ricostruzioni dogmatiche dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Profili critici. – 2. L'emersione delle criticità dogmatiche nella giurisprudenza di legittimità: la creatività giudiziale nell'individuazione degli obblighi giuridici di impedimento. – 3. Il tentativo di una diversa ricostruzione: il ruolo tipizzante dell'evento, dell'obbligo giuridico e dell'equivalenza sanzionatoria. – 4. Il requisito di fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e la riserva di legge. – 5. Il requisito contenutistico dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e i principi di precisione, tassatività e determinatezza. – 6. La tesi di Nisco. Critica: l'insostenibilità di un obbligo giuridico di impedire l'evento fondato su un *Organisationspflicht*. – 7. I confini dell'obbligo giuridico di impedire il reato altrui in capo agli amministratori esecutivi o privi di deleghe. – 8. La configurabilità in capo ai sindaci di un obbligo di impedire i reati degli amministratori. – 9. I membri dell'organismo di vigilanza: l'insussistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento in mancanza di una disposizione idonea ad integrare l'art. 40 cpv. c.p.

1. Le ricostruzioni dogmatiche dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Profili critici

Guardando alla ricostruzione del reato omissivo improprio, della sua portata e delle possibili fonti che consentono il giudizio di equivalenza causale, il campo è conteso tra tre impostazioni teoriche: (a) la concezione formale, (b) la concezione sostanzialistico-funzionale e (c) la concezione mista.

I termini del dibattito sono noti: verranno ripresi solo sommariamente¹⁹².

(a) La teoria formale (*formelle Rechtspflichtlehre*), impostazione risalente al liberalismo giuridico classico e adottata dalla dottrina italiana tradizionale¹⁹³, richiede che una fonte formale ponga l'obbligo giuridico di agire: il dovere di attivarsi può scaturire solo da uno specifico fondamento giuridico (*besonder Rechtsgrund*). Chiara l'impronta liberale della teoria: solo il legislatore – in casi eccezionali – può imporre al cittadino di attivarsi e può sanzionare penalmente la sua eventuale omissione.

La primigenia impostazione della teoria, risalente a *Feuerbach*, annoverava tra le fonti dell'obbligo solo la legge (prevalentemente extrapenale) e il contratto, escludendo le disposizioni sub-legislative o extragiuridiche (su tutti gli obblighi morali). Il catalogo delle fonti è stato, però, costantemente ampliato dai sostenitori della tesi formale, finendo per ricomprendere, la *negotiorum gestio*, la consuetudine e la precedente attività pericolosa¹⁹⁴.

A tale ricostruzione vengono mosse, per ciò che qui interessa, sostanzialmente due critiche¹⁹⁵.

(i) Si rimprovera l'incoerenza di un'impostazione che richiede che l'obbligo giuridico scaturisca da una fonte formale e che al contempo annoveri tra le fonti la precedente attività pericolosa, non prevista da alcuna disposizione dell'ordinamento italiano come condotta che

¹⁹² Per una ricostruzione dei termini generali del dibattito si vedano, tra gli altri, F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, pp. 620 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 180 ss.; F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 338 ss.; F. Sgubbi, *Responsabilità penale*, cit., pp. 7 ss. Per un'analisi della dottrina tedesca si veda A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., pp. 137 ss.

¹⁹³ Si veda sul punto F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 338.

¹⁹⁴ Si veda sul punto I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 181-182.

¹⁹⁵ Una terza critica investe la risoluzione delle problematiche attinenti all'obbligo di agire in presenza di contratto nullo o annullabile; trattandosi di critiche non incentrate sulle peculiarità di una specifica impostazione, ma anzi trasversali alle diverse ricostruzioni formali, sostanzialistico-funzionali e miste, e non essendo decisive per lo svolgimento della presente ricerca si rinvia per la loro trattazione a I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 246 ss.

imponere obblighi di attivarsi per scongiurare le conseguenze della propria azione¹⁹⁶.

(ii) Su un piano più generale, si sottolinea che il limite della tesi in commento, per cui la presenza di un obbligo formale di agire sarebbe condizione necessaria e sufficiente per attivare il meccanismo di conversione di cui all'art. 40 cpv., è che non permetterebbe di discernere tra omissione propria ed impropria e tra responsabilità penale ed extrapenale¹⁹⁷. Infatti, se l'obbligo di agire può essere integrato anche da una disposizione penale, ogni reato omissivo proprio può essere convertito in improprio, il che comporterebbe, da un canto, una confusione di piani e, dall'altro, una eccessiva espansione della responsabilità omissiva¹⁹⁸.

Quanto all'integrazione dell'obbligo tramite norme extrapenali, si sottolinea che, per i tratti peculiari del diritto penale, «non è consentito assimilare semplicisticamente esigenze di protezione facenti capo alle diverse branche del sistema»¹⁹⁹; in definitiva, il rischio sarebbe di una «automatica “conversione” della responsabilità extrapenale in penale (...) senza peraltro riuscire a spiegare la ragione di una tale equivalenza tra responsabilità extrapenale e penale»²⁰⁰.

(b) In aperto contrasto con tale impostazione si sviluppa, in Germania all'epoca del nazionalsocialismo con Nagler²⁰¹ ed è in seguito ripresa da Armin Kaufmann²⁰² nel dopoguerra, la concezione sostanzialistico-funzionale dell'obbligo di agire (*Garantenlehre*)²⁰³. Tale

¹⁹⁶ Per questa critica, tra gli altri, F. Giunta, *La posizione di garanzia*, cit., p. 622; G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., pp. 195-196; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 186-187.

¹⁹⁷ Per l'esposizione di tale giudizio negativo si veda G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 193; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 182-185.

¹⁹⁸ In questo senso, in particolare, I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 183.

¹⁹⁹ Così G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 87.

²⁰⁰ In questi termini I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 184.

²⁰¹ Si veda J. Nagler, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, Band 111, 1938, pp. 1 ss. Per una sintesi del pensiero dell'Autore si veda A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., pp. 140 ss.

²⁰² Si veda Arm. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.

²⁰³ Per una ricostruzione dell'evoluzione storica della concezione sostanzialistico-funzionale si vedano I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 188 e A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., pp. 140 ss.

teoria gemma da una prospettiva marcatamente solidaristica dell'intervento penale, in antitesi con l'ideologia liberale alla base della *formelle Rechtspflichtlehre*²⁰⁴.

Centrale è il concetto di posizione di garanzia (*Garantenstellung*) unica fonte idonea ad imporre un obbligo di attivarsi e a legittimare un'equivalenza sul piano penalistico tra azione ed omissione. La posizione di garanzia «si sostanzierebbe in uno speciale vincolo di tutela tra un bene giuridico ed un soggetto (c.d. "garante"), cui il bene stesso è affidato, per l'incapacità del titolare di salvaguardarlo adeguatamente»²⁰⁵.

La posizione di garanzia presenterebbe tre connotati fondamentali²⁰⁶: (i) la particolare vulnerabilità del bene, a causa dell'incapacità del titolare di proteggerlo; (ii) l'affidamento del bene al garante prima della verifica della situazione di pericolo; (iii) la signoria del garante sul rischio che conduce all'evento lesivo.

Tale impostazione, possibile in sistemi a legalità sostanziale²⁰⁷, privi di una disposizione che disciplini il reato omissivo improprio (come la Germania nazionalsocialista), si pone in netta frizione con il principio di riserva di legge e i suoi corollari²⁰⁸, lasciando all'interprete l'individuazione dei garanti tenuti ad impedire gli eventi disvoluti dall'ordinamento, nonché con la lettera dell'art. 40 cpv. c.p., che impone la giuridicità dell'obbligo di agire.

Per di più, anche prescindendo dal problema della riserva di legge, i criteri per identificare la sussistenza di una posizione di garanzia, mancando un referente normativo e mutando da autore ad autore, non

²⁰⁴ Cfr. F. Giunta, *La posizione di garanzia*, cit., p. 623.

²⁰⁵ La sintesi del concetto di *Garantenstellung* è di I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 187.

²⁰⁶ Tale compendio dei tratti della *Garantenstellung* si deve a F. Giunta, *La posizione di garanzia*, cit., pp. 623-624.

²⁰⁷ Per il concetto di legalità sostanziale usato in antitesi a quello di legalità formale si veda F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., pp. 3 ss.

²⁰⁸ Si accede qui alla lettura del principio di legalità-riserva di legge esposta da G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 37 ss. Per una diversa impostazione si vedano, tra gli altri, F.C. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova, 1979 e M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

riescono ad assicurare sufficiente precisione e determinatezza alla disciplina dell'obbligo giuridico di agire e, conseguentemente, la conoscibilità del precetto²⁰⁹.

(c) In questo quadro, la teoria mista, oggi maggioritaria nella dottrina italiana²¹⁰, cerca di trovare una mediazione tra le due impostazioni formale e sostanzialistico-funzionale, richiedendo sia che l'obbligo di agire scaturisca da una fonte formale, sia che rappresenti il particolare legame che vincola il garante alla tutela del bene giuridico che necessita di una speciale protezione (posizione di garanzia).

Nell'ambito della concezione mista parte della dottrina²¹¹ ha individuato quale essenziale elemento della posizione di garanzia, oltre al fondamento giuridico dell'obbligo, l'esistenza di poteri impeditivi dell'evento che si ha il dovere di scongiurare, declinando in maniera nient'affatto uniforme i connotati che devono caratterizzare il potere²¹².

Si è sottolineato criticamente in dottrina che «la presente concezione rischia, talora, di cumulare gli inconvenienti delle tesi precedenti anziché superarli, allorché i criteri formale e funzionale vengano impiegati non in una reciproca integrazione, ma alternativamente»²¹³.

Al di là dei rischi di un'applicazione alternativa dei criteri, anche ove i requisiti formali e sostanziali siano richiesti cumulativamente, permane il pericolo di sommare i difetti delle due ricostruzioni dogmatiche, restando nella piena libertà dell'interprete la scelta tanto dei parametri per trasformare la responsabilità extrapenale in penale, quanto degli elementi tipizzanti il concetto di posizione di garanzia: la

²⁰⁹ Cfr. per una critica in parte coincidente I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 189.

²¹⁰ Vi aderiscono, tra gli altri, R. Alagna, *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro it.*, 2001, p. 230; G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., pp. 242 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., pp. 165 ss. (pur con una propria impostazione); I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 190 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004, pp. 382 ss.

²¹¹ Si vedano, tra gli altri, A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., pp. 265 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 190 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., pp. 165 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit., pp. 36 ss.

²¹² Sul punto si tornerà *funditus infra* cap. VI, par. 3.

²¹³ I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 192.

somma di due criteri imprecisi lascia al singolo giudice le scelte di incriminazione.

Il rischio appena evidenziato pare trovare riscontro, così come i punti critici delle diverse prospettazioni teoriche, nella giurisprudenza della Suprema Corte.

2. L'emersione delle criticità dogmatiche nella giurisprudenza di legittimità: la creatività giudiziale nell'individuazione degli obblighi giuridici di impedimento

Le decisioni della giurisprudenza di legittimità, nient'affatto univoca nell'adesione ad un'impostazione tra quelle formale, sostanzialistico-funzionale o mista, mostrano plasticamente tutti i limiti delle concezioni più sopra sommariamente illustrate e i rischi esposti dalla dottrina.

Quanto alle – per dire il vero non frequenti – decisioni che fanno propria la teoria formale, si consideri la sentenza 4730 del 2007²¹⁴, emessa sul ricorso presentato dall'imputata, madre condannata per non aver impedito che il convivente consumasse plurime violenze sessuali ai danni delle figlie minori di lei.

Nell'arresto in commento la Suprema Corte afferma – senza individuare alcun precedente – che la Cassazione «in ordine alla portata della previsione dell'art. 40 comma II, c.p. ha ormai accolto, in modo pressoché univoco [la teoria] formalistica, in contrapposizione a quella sostanzialistica, individuando l'origine dell'obbligo in oggetto in fonti formali, quali la legge, sia essa penale o extrapenale»²¹⁵. Nel caso di specie, prosegue la Corte, «la fonte dell'obbligo giuridico incombente sulla ricorrente va ravvisato nell'art. 147 c.c., che, nell'ambito dei doveri che gravano sui genitori, prevede, in particolare, l'obbligo di tutelare la

²¹⁴ Si tratta di Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, cit.

²¹⁵ *Ibidem*.

vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei figli minori contro eventi naturali o altrui aggressioni²¹⁶».

Senonché l'art. 147 c.c. non grava in alcun modo i genitori dei doveri individuati dalla Cassazione, limitandosi ad imporre ad entrambi i coniugi un generico obbligo di "mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli". Delle due l'una: o l'adesione nel caso di specie alla teoria formale è solo apparente, non essendo la disposizione di cui all'art. 147 c.c. idonea a fondare un obbligo di agire, o la teoria formale stessa non è in grado, come rilevato dai suoi oppositori, di spiegare quando un obbligo extrapenale può fondare il dovere di attivarsi.

Altri arresti paiono aderire alla concezione sostanzialistico-funzionale dell'obbligo, ammettendo che la posizione di garanzia possa scaturire anche da «una situazione di fatto per precedente condotta illegittima»²¹⁷ o dalla «precedente attività pericolosa»²¹⁸, indipendentemente da qualsiasi previsione normativa.

Come si è già rilevato, la possibilità di far derivare da situazioni di fatto un obbligo di agire, rilevante ai fini del reato omissivo improprio, è preclusa dal tenore letterale dell'art. 40 cpv. c.p. oltre che dal principio di legalità: diversamente, si lascerebbe all'interprete la piena libertà di individuare condizioni di fatto da cui per ragioni etiche, morali, religiose o politiche si potrebbe far scaturire l'obbligo di agire e, conseguentemente, un rimprovero penale, soluzione incompatibile con l'art. 25 Cost.

In ordine alla precedente attività pericolosa, la dottrina ha esaurientemente illustrato²¹⁹ che la riconduzione di tale ipotesi al modello omissivo nasce da una confusione tra obbligo di agire e dovere

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Si vedano Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 1983, n. 9176 Rv. 160997 in *CED*; Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 1998, n. 8217, in *CED*.

²¹⁸ Specificamente su tale profilo Cass. pen., Sez. IV, 1 ottobre 1993, n. 11356, Rv. 197354, in *CED*.

²¹⁹ Si veda per un sunto delle argomentazioni che precludono la possibilità di fondare una responsabilità omissiva sulla precedente attività pericolosa F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., pp. 168-169.

di diligenza²²⁰: lo svolgimento di un'attività pericolosa non crea nessun obbligo di impedire eventi dannosi per i terzi (obbligo giuridico), ma impone di rispettare tutte le norme cautelari prescritte per il compimento dell'attività (dovere di diligenza). In definitiva, come è stato esattamente osservato, «l'impedimento degli eventi dannosi derivanti dalla propria condotta costituisce non già un obbligo giuridico, bensì un onere del soggetto, che risponderà altrimenti del proprio reato commissivo»²²¹, colposo o doloso che sia.

Infine, a risultati non maggiormente soddisfacenti pervengono quelle decisioni, oggi nettamente maggioritarie nella giurisprudenza, che affermano di aderire alla teoria mista, ma che di fatto applicano alternativamente e non cumulativamente criteri formali e sostanziali.

Paradigmatiche in tal senso le decisioni 16761²²² e 38991²²³ del 2010 che, leggendo la massima ufficiale, parrebbero adottare nella selezione degli obblighi tipizzanti il reato omissivo improprio la teoria mista. La massima ufficiale della decisione 38991 del 2010 afferma: «si delinea una posizione di garanzia a condizione che: (a) un bene giuridico necessiti di protezione, poiché il titolare da solo non è in grado di proteggerlo; (b) una fonte giuridica - anche negoziale - abbia la finalità di tutelarlo; (c) tale obbligo gravi su una o più persone specificamente individuate; (d) queste ultime siano dotate di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito, ovvero che siano ad esse riservati mezzi

²²⁰ In questo senso, F. Giunta, *La posizione di garanzia*, cit., p. 622. Sulla distinzione tra dovere di diligenza e obbligo di agire si veda G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora in Id., *La colpa. Studi*, Milano, 2013, pp. 87 ss.; C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pp. 829 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., pp. 372 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 92 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 119 ss.

²²¹ Così I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 111; in senso conforme F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., pp. 168-169; F. Giunta, *La posizione di garanzia*, cit., p. 622.

²²² Precisamente Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761 in Cass. pen., 2011, pp. 82 ss., con nota di A. Verrico, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, pp. 101 ss.

²²³ Si tratta di Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991 in *Riv. pen.*, 2011, pp. 788 ss., con nota di E. Del Forno-R. Rovero, *Posizione di garanzia e responsabilità dei vertici aziendali per danni alla salute del lavoratore*, pp. 804 ss.

idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che l'evento dannoso sia cagionato».

Senonché, se si guarda all'ordito motivazionale, si legge che «la giurisprudenza non sempre ha seguito un univoco indirizzo, più volte affermando che la posizione di garanzia può avere una *fonte* normativa non necessariamente di diritto pubblico ma *anche di natura privatistica, anche non scritta* e che addirittura *possa trarre origine da una situazione di fatto, da un atto di volontaria determinazione, da una precedente condotta illegittima* che costituisca il dovere di intervento e il corrispondente potere giuridico, o di fatto, che consente al soggetto garante, attivandosi, di impedire l'evento»²²⁴.

Dunque, i criteri della concezione formale e sostanzialistico-funzionale sono utilizzati alternativamente, in un'ottica di costante aumento dei soggetti gravati dall'obbligo di agire per impedire eventi disvoluti dall'ordinamento; l'ampliamento dei garanti è senz'altro favorito dall'imprecisione dei criteri suggeriti dalle due teorie.

In definitiva, le decisioni adottate dalla giurisprudenza, pur in relazione ad aspetti diversi, mostrano tutti i limiti delle teorie formale, sostanzialistico-funzionale e mista del fondamento dell'obbligo giuridico e finiscono di fatto per affidare al giudice una funzione creatrice di disposizioni incriminatrici, in patente contrasto con il principio della riserva di legge.

3. Il tentativo di una diversa ricostruzione: il ruolo tipizzante dell'evento, dell'obbligo giuridico e dell'equivalenza sanzionatoria

A fronte del quadro dogmatico e giurisprudenziale più sopra illustrato, si proverà, senza alcuna pretesa di offrire una soluzione definitiva al problema, a tracciare una diversa via da percorrere nel tentativo di restituire tipicità e selettività al reato omissivo improprio e, conseguentemente, al concorso negativo nel reato commissivo altrui.

²²⁴ Così Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, cit., corsivi dello scrivente.

Se è indubitabile che «per i reati omissivi, come per quelli commissivi, la garanzia della legalità formale rimane un valore prioritario, alla quale deve sottostare l'istanza di tutela dei beni giuridici»²²⁵, l'abbrivio del tentativo di ricostruzione è l'art. 40 cpv., letto in una prospettiva costituzionalmente conforme.

Come noto, la disposizione prevede: “non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.

Tre paiono, conseguentemente, gli elementi tipizzanti: (i) l'evento; (ii) l'obbligo giuridico di impedire l'evento; (iii) l'equivalenza (anche sanzionatoria) tra agire ed omettere.

(i) L'evento è l'oggetto dell'obbligo di impedimento che, come si è visto, può consistere anche in un reato altrui²²⁶. Sul piano della *fattispecie astratta*, la tipologia degli eventi che il soggetto deve impedire è strettamente correlata all'obbligo giuridico di cui è gravato.

(ii) L'“obbligo giuridico di impedire un evento” offre una pluralità di indicazioni tipizzanti: (a) caratterizza come giuridico l'obbligo, selezionando conseguentemente le fonti da cui tale dovere può scaturire; (b) individua, pur attraverso un rinvio ad altre disposizioni, i destinatari del precetto in una cerchia limitata di soggetti (reato proprio)²²⁷; (c) identifica nell'evento ciò che l'obbligo giuridico deve imporre di impedire.

(iii) Infine, l'equivalenza tra agire ed omettere offre – per così dire – *ex ante* un'indicazione per sciogliere eventuali dubbi esegetici nella ricostruzione della *fattispecie astratta* su singoli profili del tipo ed *ex*

²²⁵ Così F. Giunta, *La posizione di garanzia*, cit., p. 625.

²²⁶ Si veda *supra*, cap. II, par. 6.

²²⁷ È indiscusso in dottrina che il reato omissivo improprio sia una forma di illecito penale a soggettività ristretta; sul punto e, più in generale sul reato proprio, si vedano F. Cingari, *Tipizzazione e individuazione del soggetto attivo nei reati propri: tra legalità ed effettività delle norme penali*, in *Ind. pen.*, 2006, pp. 276 ss., specificamente, pp. 283 ss.; G.P. Demuro, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 845 ss. e, in particolare, pp. 886 ss.; Id., *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1998, pp. 815 ss., segnatamente, p. 824; A. Gullo, *Il reato proprio. Dai problemi “tradizionali” alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005; M. Pelissero, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, *passim*.

post un criterio di verifica della formulazione della fattispecie stessa, cui si è pervenuti: infatti, una volta delineata la norma incriminatrice è necessario verificare che questa presenti un disvalore equivalente alla parallela forma commissiva di offesa al bene giuridico.

Guardando ora specificamente all'“obbligo giuridico di impedire l'evento”, questa locuzione offre, dunque, due indicazioni, di fonte e di contenuto, in ordine alla previsione che può far scattare l'obbligo di agire: la disposizione, individuata secondo i due predetti criteri, consente di determinare i destinatari del precetto in una cerchia di individui limitata, caratterizzando il reato omissivo improprio come illecito proprio in relazione al soggetto attivo.

4. Il requisito di fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e la riserva di legge

Più nello specifico, il requisito attinente alla fonte impone che l'obbligo sia un obbligo giuridico. Sul punto, poi, l'indicazione offerta dall'art. 40 cpv. deve essere ulteriormente specificata per risultare costituzionalmente conforme.

Si è detto che l'obbligo giuridico individua i destinatari del precetto in una determinata categoria di individui, rendendo il reato omissivo improprio un reato proprio in relazione al soggetto attivo. Come esattamente evidenziato, «nei reati propri la qualificazione del soggetto (...) condiziona e plasma tutta la dinamica del fatto tipico»²²⁸, dunque disegna una parte dell'incriminazione: se così è, l'integrazione dell'art. 40 cpv. c.p. deve essere necessariamente compiuta tramite un atto avente (quantomeno) forza di legge²²⁹.

Tale conclusione trova l'avallo della decisione 282 del 1990 del Giudice delle leggi, che ha dichiarato incostituzionale la

²²⁸ L'argomentazione è di C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa*, cit., pp. 610.

²²⁹ Sul problema del carattere della riserva di legge si vedano per un ampio quadro G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 27 ss. e F.C. Palazzo, *(Voce) Legge penale*, *Dig. disc. pen.*, Torino, 1993, pp. 343 ss.

contravvenzione punita dagli artt. 1 e 5 L. 818/1984 che, rinviando al decreto ministeriale del 16 febbraio 1982 per l'individuazione dei destinatari del precetto²³⁰, violava la riserva di legge in materia penale, sancita dall'art. 25 Cost.

In tale arresto la Corte Costituzionale rileva che «la cerchia degli obbligati (...) rappresenta il nucleo fondante il contenuto dell'illecito proprio, in quanto tale contenuto discende essenzialmente dal rapporto funzionale intercorrente tra la posizione del soggetto e l'interesse tutelato dalla norma»²³¹; se, dunque, l'individuazione degli obbligati incide sulla tipicità della fattispecie, la sua determinazione non può che avvenire attraverso un atto avente forza di legge.

Dunque, un'esegesi costituzionalmente conforme dell'art. 40 cpv. impone di escludere dalle fonti da cui può scaturire l'obbligo giuridico di impedire l'evento tutte le fonti subprimarie, la consuetudine, la precedente attività pericolosa e le situazioni di fatto (salvo ovviamente che non siano descritte da un atto avente forza di legge)²³².

Identicamente deve escludersi che l'esercizio di fatto delle funzioni, attribuite a chi è destinatario del precetto, possa porre un obbligo giuridico di impedire l'evento, salvo che ciò non sia stato espressamente previsto dal legislatore, come avvenuto in relazione ai reati societari con l'art. 2639 c.c.²³³ e alle disposizioni antinfortunistiche

²³⁰ Si tratta di Corte Cost., 14 giugno 1990, n. 282, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 989 ss., con nota di G. Viciconte, *Nuovi orientamenti della corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco"*, pp. 996 ss.; nonché in *Foro it.*, 1991, I, pp. 3020 ss., con nota di F. Albergiani, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*, pp. 3020 ss.

²³¹ Così Corte Cost., 14 giugno 1990, n. 282, cit.

²³² In senso sostanzialmente analogo G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 248-249, per cui: «le fonti legali delle diverse posizioni di garanzia, concorrendo a determinare la figura-base del reato omissivo improprio, acquistano, quindi, un'indubbia efficacia integratrice (...). Alla luce delle considerazioni svolte le conclusioni in ordine all'ammissibilità di fonti sublegislative non può che essere negativa: se le norme richiamate dall'art. 40 cpv., descrivendo quelle situazioni alle quali si ricollega il nascere di un obbligo di impedimento dell'evento, contribuiscono alla configurazione del precetto penalmente sanzionato, un'impostazione rigorosa della riserva di legge esclude che alla base di una posizione di garanzia possa esservi una norma di forza o valore diversa dalla legge».

²³³ Per l'equiparazione tra esercizio formale ed esercizio funzionale delle qualifiche o funzioni societarie si veda tra gli altri A. Rossi, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in C.F.

con l'art. 299 D.Lgs. 81/2008²³⁴. Peraltro, proprio tali previsioni, che parificano all'assunzione formale del ruolo da cui gemma la funzione di garante lo svolgimento concreto della funzione, offrono un'ulteriore dimostrazione della irrilevanza delle situazioni di fatto e della centralità di una previsione legislativa nell'individuazione dei destinatari del precetto, giacché, ove il legislatore ha riconosciuto la necessità di accumunare situazioni giuridiche e di fatto, ha provveduto a formulare ipotesi nominate di equivalenza.

In quest'ottica assai discussa è la posizione che assume il negozio giuridico²³⁵, che ha "forza di legge tra le parti", ma che, ove si ritenga legittima fonte integratrice dell'art. 40 cpv. c.p., permetterebbe ai privati di creare e modificare la cerchia dei destinatari dell'obbligo giuridico di impedire l'evento²³⁶. Il punto è estraneo all'economia del discorso: deve sottolinearsi, però, che pare difficilmente compatibile con la riserva di legge il riconoscimento al negozio giuridico di un ruolo d'integrazione del precetto come l'individuazione dei suoi destinatari.

Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2012, pp. 56 ss., e bibliografia ivi richiamata.

²³⁴ Per una trattazione dell'art. 299 D.Lgs. 81/2008 si rinvia a N. Pisani, *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2009, pp. 127 ss.

²³⁵ Pare più corretto, come rilevato da I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 223, riferirsi al negozio giuridico, concetto più ampio di quello di contratto ed idoneo a ricomprendere anche ipotesi innominate di accordi tra le parti.

²³⁶ Esclude ogni ruolo al contratto, tanto in punto di creazione quanto di trasferimento dell'obbligo giuridico, S. Camaioni, *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia tra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1633 ss. Ammettono, invece, che il contratto possa comportare un trasferimento dell'obbligo, ma non la sua creazione, F. Sgubbi, *Responsabilità penale*, cit., pp. 190 ss.; F. Giunta, *La posizione di garanzia*, cit., p. 626. Favorevoli alla creazione contrattuale di obblighi di impedimento, pur con alcune limitazioni connesse al tipo di bene giuridico tutelato e con posizioni non pienamente sovrapponibili, G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 172 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 230 ss.; F. Mantovani, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 1000 ss. Pienamente favorevole alla creazione e al trasferimento di posizioni di garanzia tramite contratto G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., pp. 263 ss.

5. Il requisito contenutistico dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e i principi di precisione, tassatività e determinatezza

Vi è poi il requisito contenutistico, che la previsione fondativa dell'obbligo deve necessariamente possedere: deve indicare, in relazione ad una definita cerchia di soggetti, l'obbligo di impedire un determinato evento. In altre parole, la norma integratrice dell'art. 40 cpv. deve segnare una responsabilizzazione di una categoria di soggetti per una certa tipologia di eventi.

Segnatamente, la formulazione dell'obbligo di impedire l'evento deve costituire la funzione stessa della disposizione, non un suo aspetto collaterale o connesso: non potranno, dunque, fondare il dovere di agire *ex art. 40 cpv. c.p.* norme cautelari o fattispecie incriminatrici reati omissivi propri.

Quanto alle norme cautelari²³⁷, queste attengono al dovere di diligenza, concetto che deve essere tenuto nettamente separato dall'obbligo giuridico²³⁸: mentre il primo, infatti, è «il modello ipostatizzato e standardizzato di condotta socialmente adeguata in termini di diligenza, prudenza e perizia, che l'ordinamento si attende dai soggetti che rispondono a determinati requisiti individuali e professionali»²³⁹, il secondo è l'obbligo che pone in capo ad un soggetto un dovere d'intervento rilevante *ex art. 40 cpv.* Conseguentemente, «l'obbligo di garanzia nasce logicamente prima del dovere di diligenza: non si può pretendere, infatti, che taluno agisca diligentemente, se questi non ha l'obbligo di agire»²⁴⁰. Si tratta, dunque, di due elementi normativi della fattispecie distinti, che operano nell'ambito

²³⁷ È stato sostenuto da F. Sgubbi, *Responsabilità penale*, cit., pp. 86 ss. che siano le regole cautelari a fondare l'obbligo giuridico di cui all'art. 40 cpv. Per una condivisibile critica a tale impostazione, oltre agli autori oltre richiamati, G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 227 e G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 97 ss.

²³⁸ In questo senso già G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 87.

²³⁹ Così C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione*, cit., p. 830, proprio in relazione alla distinzione tra obbligo giuridico e dovere di diligenza.

²⁴⁰ Il rilievo è di F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 101.

dell'imputazione dell'illecito omissivo improprio in momenti successivi.

Stante la particolare funzione tipizzante delle norme cautelari, queste non possono costituire fonte dell'obbligo di impedire l'evento.

Ugualmente non pare corretto fondare l'obbligo giuridico sulla previsione di un reato omissivo proprio (ma ciò potrebbe affermarsi, più in generale, per qualsiasi reato)²⁴¹. Tali disposizioni incriminatrici, o non impongono un obbligo di impedire un evento, bensì sanzionano la violazione di un mero comando di agire (si pensi all'omissione di referto), o, ove riconoscono rilievo ad un evento naturalistico nell'economia dell'incriminazione, questo è tipizzato già dal legislatore nella previsione di parte speciale (paradigmatica l'omissione di soccorso). Dunque delle due l'una: o l'evento è già tipizzato nella fattispecie incriminatrice e allora è inutile il richiamo all'art. 40 cpv., o la norma si limita a sanzionare una mera omissione, senza individuare alcun evento e senza conseguentemente avere il tratto contenutistico necessario per integrare la clausola di equivalenza.

Poste queste eccezioni, anche il requisito contenutistico deve essere letto in una dimensione costituzionalmente orientata: la disposizione che impone l'obbligo di impedire l'evento deve essere precisa, determinata e tassativa²⁴², giacché seleziona i destinatari del precetto e l'evento stesso da impedire, dunque, partecipa in modo significativo nella ricostruzione della fattispecie astratta. In altre parole, la disposizione deve prevedere in maniera esplicita e in termini chiari l'obbligo di impedire un determinato evento.

²⁴¹ Favorevoli ad un'integrazione dell'obbligo giuridico attraverso le norme penali e, in particolare, con quelle che incriminano i reati omissivi propri F. Sgubbi, *Responsabilità penale*, cit., pp. 207 ss.; R. Pannain, (voce) *Omissione di soccorso*, in *Noviss. dig. ita.*, vol XI, 1965, p. 604; A. Pagliaro, *Principi*, cit., p. 329.

²⁴² Come già precisato, si accede qui all'impostazione di G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 37 ss.

Un esempio paradigmatico di una tale disposizione può essere rinvenuta nell'art. 2048 c.c.²⁴³, che introduce una responsabilità dei genitori per i danni cagionati dal fatto illecito commesso dai propri figli non emancipati. In relazione all'obbligo specifico di impedire l'illecito altrui, può richiamarsi il dovere gravante sugli agenti di polizia giudiziaria descritto dagli artt. 55 e 380 c.p.p.²⁴⁴.

6. La tesi di Nisco. Critica: l'insostenibilità di un obbligo giuridico di impedire l'evento fondato su un *Organisationspflicht*

Per completare il quadro ricostruttivo, in punto di disposizioni idonee a fondare l'obbligo giuridico di impedire l'evento di cui all'art. 40 cpv. c.p., giova considerare una recente proposta esegetica formulata in dottrina da Nisco²⁴⁵.

A fronte delle insufficienti risposte offerte, secondo l'autore, dalla dogmatica classica nella spiegazione del fenomeno dell'omesso impedimento del reato altrui, Nisco guarda agli studi che hanno ricercato nell'organizzazione aziendale uno strumento per la ricostruzione delle responsabilità individuali. In particolare, prendendo alcuni spunti dalle opere di Hsü²⁴⁶, Bottke²⁴⁷ e Ransiek²⁴⁸ ridisegna il contenuto della *Garantenstellung*, intesa come «elemento "preliminare" rispetto alla fase della "imputazione" dell'evento»²⁴⁹.

La via scelta dell'autore per addivenire a soluzioni convincenti in punto di determinazione dei profili di responsabilità penale per omesso

²⁴³ L'art. 2048, comma I, c.c. prevede « Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi».

²⁴⁴ Sul punto si veda *supra*, cap. III, par. 3.

²⁴⁵ Si vedano A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., pp. 241 ss.; Id., *Compliance e posizioni di garanzia: prime indicazioni dalla giurisprudenza tedesca*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 2435 ss.

²⁴⁶ Y.-h. Hsü, *Garantenstellung des Betriebsinhaber zur Verhinderung strafbarer handlungen seiner Angestellten*, Pfaffanweiler, 1986.

²⁴⁷ W. Bottke, *Responsabilidad por la no evitacion de hechos punibles de subordinados en la empresa economica*, in S. Mir Puig-D.M. Lunòz Peña (a cura di), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos*, Barcelona, 1996, p.129 e ss.

²⁴⁸ A. Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996, pp. 30 e ss..

²⁴⁹ Così A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., p. 177.

impedimento del reato altrui, nell'ambito tanto dell'impresa quanto delle società, consiste nel riconoscere una funzione determinante al concetto di organizzazione, quale «entità che si interpone tra taluni soggetti ed un evento da imputare; come *fonte*, dunque, di un *dovere organizzativo al cui inadempimento è dato ricondurre (...) un evento lesivo che un diverso impianto organizzativo avrebbe evitato*»²⁵⁰.

L'utilizzo dell'organizzazione come strumento d'imputazione è fenomeno che Nisco riscontra sia nell'impostazione legislativa sia in quella giurisprudenziale di diversi paesi²⁵¹: paradigmatica, nell'esperienza italiana, la legislazione antinfortunistica, la disciplina della *corporate governance*, l'adozione dei *compliance programs* richiesta per escludere la responsabilità degli enti dipendente da reato, normative in cui il legislatore impone si organizzi l'organizzazione²⁵², per ridurre al minimo il rischio si verifichino eventi dannosi per la salute dei lavoratori o si realizzino reati nell'ambito dell'attività societaria.

Rileva ancora Nisco che l'attuale strutturazione delle imprese e delle società secondo un modello non più gerarchico ma a rete impone di ripensare la relazione tra garante e fonte di pericolo nonché l'eventuale rimprovero per omesso impedimento di un reato: «non si parla più di un dominio sull'organizzazione o di un difetto di sorveglianza sui soggetti subordinati o "sottomessi" al potere dell'imprenditore, bensì di una carenza organizzativa (*Organisationsmangel*), a sua volta originata da un difetto di controllo sull'organizzazione quale violazione di un obbligo incombente»²⁵³ sul garante. Se così è, la *Garantenstellung* nelle organizzazioni complesse deve fondarsi su una nuova figura d'autore il *Systemtäter*²⁵⁴, secondo la

²⁵⁰ *Ivi*, p. 228, corsivi dello scrivente.

²⁵¹ Oltre alla legislazione italiana l'autore fa riferimento alle pp. 233 e ss. alla giurisprudenza svizzera successiva al caso "von Roll" che imputa ai *managers* i reati non impediti sulla base di una *Organisationsmangel* ovvero una carenza organizzativa.

²⁵² Sul concetto di organizzazione dell'organizzazione si vedano per tutti C.E. Paliero-C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, pp. 167 ss.

²⁵³ Così A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., p. 234.

²⁵⁴ *Ivi*, p. 260.

definizione di Heine²⁵⁵. Presupposto di una *Garantenstellung* nell'impresa e nelle società diverrebbe, dunque, secondo la tesi in commento, l'obbligo di corretta organizzazione (*Organisationspflicht*) spettante agli organi direttivi²⁵⁶.

La pregevolissima ricostruzione pare mancare di un qualsiasi appiglio normativo nell'ordinamento interno e non sembra tenere nel dovuto conto le indicazioni testuali dell'art. 40 cpv. c.p.: su un piano meramente letterale, l'obbligo giuridico che integra la formula di equivalenza deve avere quale oggetto l'impedimento di un evento, non già un dovere di organizzazione o di organizzazione dell'organizzazione.

Per di più anche le disposizioni in materia di *corporate governance*, di antinfortunistica e di responsabilità degli enti, richiamate da Nisco a supporto della propria tesi, non paiono aggiungere quel fondamentale addentellato normativo che il principio di legalità richiede per fondare una responsabilità penale: tali discipline postulano solo che il legislatore abbia richiesto una certa organizzazione nello svolgimento di determinate attività. Il rischio è di confondere disposizioni inerenti il dovere di diligenza nello svolgimento dell'attività d'impresa con quelle che fondano l'obbligo giuridico di impedire l'evento²⁵⁷.

Per di più, ove la mancata organizzazione è fonte di responsabilità, ciò avviene per esplicita scelta del legislatore, come accade per gli enti in base all'intero sistema previsto dal D.Lgs. 231/2001 (e in particolare dall'art. 5) e per i responsabili della prevenzione degli infortuni e delle malattie sul lavoro in relazione alle violazioni tipizzate nelle specifiche incriminazioni previste dal D.Lgs. 81/2008 e dalle altre disposizioni di settore²⁵⁸.

²⁵⁵ G. Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden, 1995, p. 162.

²⁵⁶ In questi termini, A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., p. 274.

²⁵⁷ Sulla distinzione tra dovere di diligenza e obbligo giuridico si veda *supra* par. 5.

²⁵⁸ In argomento, *ex pluribus*, F. Giunta-D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010.

Conseguentemente, vale quanto già affermato in punto di idoneità delle norme cautelari (che impongono l'organizzazione e i suoi tratti fondamentali) e delle disposizioni incriminatrici, che puniscono la violazione di doveri, in senso ampio, organizzativi, ad integrare l'obbligo giuridico di impedire l'evento, richiesto dalla formula di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p.

7. I confini dell'obbligo giuridico di impedire il reato altrui in capo agli amministratori esecutivi o privi di deleghe

Così tentata la ricostruzione dei caratteri necessari della disposizione integratrice l'art. 40 cpv., idonea a fondare l'obbligo giuridico previsto dalla clausola di equivalenza, pare utile verificare in relazione a quali organi societari sussista un obbligo giuridico di impedire un evento, e, in specie, un reato altrui²⁵⁹.

La prima carica da prendere in considerazione è quella degli amministratori. Giova premettere, cursoriamente, la dicotomia tra amministratori delegati e non esecutivi²⁶⁰. L'art. 2381, comma II, c.c.²⁶¹ permette al consiglio di amministrazione di delegare parte delle proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo o a singoli amministratori²⁶². Da

²⁵⁹ Si valuterà, per ragioni di economia di trattazione, solo il modello tradizionale di *governance*, prescindendo dai sistemi cdd. monistico e dualistico. Su tali diversi sistemi di controllo si vedano F. Centonze, *Controlli societari*, cit., pp. 339 ss. e A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., pp. 346 ss.

²⁶⁰ Per un quadro d'insieme sintetico sulla *governance* nelle s.p.a. si veda P. Montalenti, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, pp. 42 ss. Sulla diversa figura degli amministratori indipendenti cui qui non si potrà indugiare si veda per tutti D. Regoli, *Gli amministratori indipendenti*, in P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. II, Milano, 2006, pp. 383 ss.

²⁶¹ Sul punto si vedano P. Montalenti, *Commento sub art. 2381 c.c.*, in G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti, *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Torino, 2009, pp. 678 ss.; P. Morandi, *Commento sub art. 2381 c.c.*, A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, pp. 664 ss.; A. De Nicola, *Commento sub art. 2381 c.c.*, in A. Ghezzi (a cura di), *Amministratori*, in P. Marchetti-L. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005, pp. 99 ss.

²⁶² Salve le materie non delegabili previste dall'art. 2381, comma IV, c.c. ovvero l'emissione di prestiti obbligazionari convertibili, gli aumenti di capitale delegati dallo statuto al consiglio di amministrazione, la redazione del progetto di bilancio di esercizio, i compiti spettanti al

tale delega di funzioni, il cui contenuto è ampiamente rimesso alla discrezionalità del consiglio di amministrazione, scaturisce la figura del c.d. amministratore delegato e, specularmente, di quello non esecutivo.

L'affidamento di un ruolo operativo ad alcuni consiglieri comporta una redistribuzione delle competenze tra delegati e consiglio di amministrazione: i primi svolgono la propria funzione seguendo le direttive del *plenum*, che può in ogni momento revocare la delega ed avocare a sé, anche solo per singole operazioni, i compiti delegati.

Da una prospettiva più ampia, il comma IV dell'art. 2381 c.c. attribuisce agli amministratori esecutivi il dovere di rendere l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale 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. Parallelamente, gli amministratori non esecutivi e quelli delegati in relazione a materie affidate ad altri consiglieri sono tenuti ad agire in modo informato, anche richiedendo agli esecutivi di riferire in consiglio su specifici punti della loro attività gestionale.

In relazione agli amministratori, sia delegati sia non esecutivi, correttamente la dottrina individua nell'art. 2392 c.c. e, segnatamente, nel suo secondo comma la disposizione su cui si fonda l'obbligo giuridico di impedire i reati che offendono beni giuridici appartenenti alla società²⁶³. La citata disposizione dell'art. 2392 c.c. prevede, infatti, che gli amministratori "sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli [per la società], non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose"²⁶⁴.

consiglio in caso di perdita di oltre un terzo del capitale sociale, la predisposizione dei progetti di fusione e di scissione.

²⁶³ Si veda per tutti F. Centonze, *Controlli societari*, cit., pp. 182-183.

²⁶⁴ Per un approfondimento degli aspetti civilistici della responsabilità ex art. 2392 c.c. si vedano tra gli altri A. De Nicola, *Commento sub art. 2392 c.c.*, in A. Ghezzi (a cura di), *Amministratori*, in P. Marchetti-L. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*,

Lo spettro degli eventi che i consiglieri hanno l'obbligo di impedire è arricchito dalla disposizione di cui all'art. 2394 c.c.²⁶⁵, che allarga la responsabilità alla mancata "conservazione del patrimonio sociale".

Le disposizioni citate presentano quei tratti di fonte e di contenuto che sono stati considerati idonei a fondare l'obbligo giuridico di cui al 40 cpv. c.p. nel rispetto del principio di legalità-riserva di legge: sono, infatti, previsioni contenute in un atto avente forza di legge e richiedono, in maniera precisa e determinata, di impedire "fatti pregiudizievoli" per la società amministrata e di conservarne il patrimonio.

Non può, invece, ritenersi sussistente, in mancanza di una specifica disposizione, un obbligo degli amministratori di impedire fatti illeciti che offendano terzi, senza intaccare gli interessi della società amministrata, dei suoi soci e creditori²⁶⁶.

Tale limitazione ha trovato il recente avallo di un importante arresto della Suprema Corte²⁶⁷ in cui è stata esclusa la responsabilità omissiva degli amministratori di un *pool* di banche, imputati per bancarotta distrattiva, per non aver impedito, ad una società poi fallita, di affittare con opzione di riscatto a prezzo vile ad altro ente, avente i medesimi soci di riferimento della società decotta, i rami aziendali

cit., pp. 545 ss.; P. Montalenti, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit. vol. II, Milano, 2006, pp. 833 ss.; M. Spiotta, *Commento sub art. 2392 c.c.*, in G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti, *Il nuovo diritto societario. Commentario al d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6; d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5; d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, Torino, 2004, pp. 762 ss.; A. Rossi, *Commento sub art. 2392 c.c.*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., pp. 790 ss.

²⁶⁵ Sulla responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali si consultino per tutti A. Audino, *Commento sub art. 2394 c.c.*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., pp. 843 ss.; A. De Nicola, *Commento sub art. 2394 c.c.*, in A. Ghezzi (a cura di), *Amministratori*, cit., pp. 651 ss.; G. Zamperetti, *Commento sub art. 2394 c.c.*, in G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti, *Il nuovo diritto societario. Commentario*, cit., pp. 826 ss.

²⁶⁶ Di opinione diversa C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, pp. 220 ss., ora in Id., *Diritto penale*, vol. III, cit., pp. 605 ss. (cui ci si riferirà per le citazioni), che sostiene (a p. 680) che l'intera normativa civilistica assegni agli amministratori «la funzione di garante di un insieme di interessi che fa capo alla società, ai creditori sociali, ai terzi in genere, all'economia nazionale». A tale tesi accede G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 339.

²⁶⁷ Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 28 novembre 2012, n. 7556, in *Leggi d'Italia*.

ancora produttivi della fallita, depauperandola così dei suoi unici cespiti di valore. In ipotesi accusatoria, le banche si sarebbero avvantaggiate da tale operazione giacché la nuova società si era contestualmente impegnata a pagare alcuni debiti, contratti dalla fallita proprio con gli istituti di credito.

Sottolinea, condivisibilmente, il Giudice di legittimità, accogliendo le doglianze degli imputati ricorrenti, che «l'amministratore di società non assume una posizione di garanzia generalizzata (e come potrebbe essere tanto ampia?) nei confronti dei terzi, dei soci o dei creditori, essendo il suo obbligo limitato alla vigilanza ed alla personale attivazione per impedire l'adozione di atti di gestione pregiudizievoli; tale obbligo (...) è sempre circoscritto alle condotte gestorie realizzate dagli altri amministratori. Si vuole dire, cioè, che la responsabilità omissiva di cui all'art. 40 c.p., comma 2, integrata dalla posizione di garanzia assunta *ex art. 2392 c.c.*, è invocabile *solo con riferimento agli atti di gestione della società amministrata* e non può invece estendersi ad atti compiuti da amministratori di società terze (come potrebbe l'amministratore impedire il compimento di un atto da parte di una diversa società?), *né può riguardare atti od iniziative che non siano pregiudizievoli per i soci o i creditori della società amministrata, perché è lo stesso art. 2392 c.c. ad introdurre tale limite*»²⁶⁸.

Non rilevano, invece, in punto di obbligo giuridico di impedire l'evento, gli artt. 2381²⁶⁹, commi III e VI, e 2392²⁷⁰, comma I, c.c., spesso richiamati (impropriamente) dalla giurisprudenza per tratteggiare i doveri d'intervento degli amministratori privi di deleghe. Le citate previsioni segnano, infatti, i contenuti e i confini del dovere di

²⁶⁸ In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 28 novembre 2012, n. 7556, cit. Prosegue la Corte, attualizzando l'insegnamento al caso *sub iudice*, in merito «al reato contestato al capo 21-ter, la distrazione può aver danneggiato esclusivamente i creditori della società che ha proceduto all'affitto delle aziende e non certo i soci creditori delle banche, che per mezzo della suddetta operazione hanno potuto procedere all'incasso preferenziale dei loro crediti».

²⁶⁹ Per un commento a tale disposizione si vedano gli autori già richiamati alla nota 261.

²⁷⁰ Si richiamano in argomento gli autori già citati alla nota 264.

diligenza, non già l'esistenza o meno dell'obbligo integrante l'art. 40 cpv. c.p.²⁷¹.

Conseguentemente, la riformulazione dei citati artt. 2381 e 2392, avvenuta con il D.Lgs. 6/2003, non ha in alcun modo ridotto gli spazi dell'obbligo giuridico di impedimento, ma ha limitato il dovere di diligenza preteso dagli amministratori: si tratta, dunque, di modifiche rilevanti solo in relazione alle fattispecie incriminatrici colpose, non già in relazione agli illeciti dolosi.

In particolare, l'art. 2392, comma I, c.c. impone ai consiglieri di adempiere al proprio mandato "con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze", sostituendo la formulazione precedente alla novella del 2003²⁷², che rinviava genericamente alla diligenza del mandatario.

L'art. 2381 c.c. prescrive al comma III che l'organo collegiale valuti, "sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società", nonché, "sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione". Tale disposizione sostituisce il generale obbligo di vigilanza previsto dall'art. 2392 c.c., nella sua versione previgente.

Infine, il successivo comma VI dell'art. 2381 c.c. prescrive agli amministratori di agire in modo informato.

La conclusione cui si è giunti, per cui la novella del 2003 avrebbe ridisegnato solo i confini della colpa e non dell'obbligo di impedimento, trova indiretta conferma nella stessa Relazione alla riforma del diritto

²⁷¹ Si vedano sul punto F. Centonze, *Controlli societari*, cit., pp. 183-184 e Id., *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, pp. 981 ss. Per una trattazione civilistica sul tipo e sulle modalità dei controlli cui gli amministratori sono tenuti, tra gli altri, P. Montalenti, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., pp. 833 ss.; G. Ferrarini, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. III, pp. 13 ss.

²⁷² Per un quadro della responsabilità degli amministratori prima della riforma del 2003, *ex pluribus*, M. Franzoni, *Le responsabilità civili degli amministratori nelle società di capitali*, in M. Franzoni-F. Galgano-A. Di Pietro-A. Rossi Vannini, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, Padova, 1994, pp. 1 ss.

societario: «la 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 (...) finivano per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva»²⁷³.

Non di meno, tali interventi sono tutt'altro che irrilevanti in relazione ad eventuali imputazioni per colpa (su tutte per bancarotta semplice), che possono essere mosse agli amministratori privi di deleghe, giacché la disciplina codicistica non impone più a tali consiglieri un dovere di vigilanza tanto ampio quanto inesigibile²⁷⁴, ma prescrive una diligenza correlata alle proprie competenze professionali e allo specifico ruolo assunto in consiglio, individuando come canale privilegiato di informazione le relazioni dei delegati. Si è icasticamente osservato che la novella supera «l'incongrua pretesa del previgente ordinamento che [gli amministratori non esecutivi], non a "tempo pieno" e non retribuiti come i soggetti controllati, si trasformino istituzionalmente, tra una riunione e l'altra, in investigatori che percorrono i corridoi aziendali alla ricerca di doppifondi nei cassetti»²⁷⁵.

²⁷³ In questi termini la Relazione al D.Lgs. 17 gennaio 2003, cap. 6, III, 4, richiamata anche da F. Centonze, *Controlli societari*, cit., p. 176.

²⁷⁴ Nonostante l'*intentio* e la *littera legis* non sono mancati autori nella dottrina civilistica che hanno sostenuto che l'obbligo di agire informato che grava sugli amministratori sia sostanzialmente equivalente al precedente dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione: per un'ampia ed esaustiva trattazione del dibattito, che esula dall'economia del presente scritto, si rinvia a F. Centonze, *Controlli societari*, cit., pp. 178 ss. Per una diversa prospettiva A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., pp. 321 ss.

²⁷⁵ In questo senso G. Zamperetti, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 329. Contra A. Crespi, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal D.Lgs. n. 6/2003*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, pp. 1801 ss. per cui la diligenza richiesta dalla formulazione della disposizioni civilistiche a seguito della riforma è del tutto sovrapponibile a quella prescritta ante D.Lgs. 6/2003.

8. La configurabilità in capo ai sindaci di un obbligo di impedire i reati degli amministratori

Il collegio sindacale²⁷⁶ è stato concepito dal legislatore come lo «strumento di garanzia di buon funzionamento della gestione aziendale a tutela del capitale, in essa investito dai soci, e delle ragioni dei creditori che indirettamente finanziano l'impresa»²⁷⁷.

In generale, in virtù del dettato dell'art. 2403 c.c.²⁷⁸, “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”.

Il collegio può inoltre, *ex art. 2409 bis c.c.*, esercitare la revisione legale dei conti nelle società non quotate, che non debbano redigere il bilancio consolidato, qualora previsto dallo statuto. Va sottolineato che, anche ove tale funzione venga attribuita ad un revisore o ad una società di revisione, l'ampio obbligo di cui al citato art. 2403 c.c. impone comunque un controllo sindacale sull'attività contabile²⁷⁹.

Infine, nelle società quotate l'art. 149 D.Lgs. 58/1998 (TUF)²⁸⁰ attribuisce ai sindaci la vigilanza “sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni

²⁷⁶ Per un quadro generale sulle funzioni e sulle responsabilità dei sindaci si vedano, tra gli altri, S. Ambrosini, *Il collegio sindacale: la responsabilità dei sindaci*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina*, cit., pp. 593 ss.; G. Cavalli, *Il collegio sindacale*, in S. Ambrosini (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005.

²⁷⁷ Così V. Salafia, *I sindaci e le relative responsabilità*, in *Le Soc.*, 2014, p. 140.

²⁷⁸ Per un commento a tale disposizione si vedano, per tutti, S. Ambrosini, *Commento sub artt. 2403-2406 c.c.*, in G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti, *Il nuovo diritto societario. Commentario*, cit., pp. 894 ss.; L. Benatti, *Commento sub artt. 2397-2406 c.c.*, A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., pp. 873 ss.; M. Rigotti, *Commento sub art. 2403 c.c.*, in F. Ghezzi (a cura di), *Collegio sindacale controllo contabile*, Milano, 2005, pp. 159 ss.

²⁷⁹ Per tutti, L. Benatti, *Commento sub artt. 2397-2406 c.c.*, cit., p. 878; in una prospettiva penalistica, F. Centonze, *Controlli societari*, cit., pp. 252-253.

²⁸⁰ Per un commento a tale previsione si veda, *ex pluribus*, L. De Angelis, *Commento sub art. 149*, in M. Fratini-G. Gasparri (a cura di), *Il testo unico della finanza*, tomo II, Torino, 2012, pp. 1995 ss.

di categoria, cui la società, mediante informativa al pubblico, dichiara di attenersi”.

Compendiando le numerose ed eterogenee funzioni attribuite ai sindaci, si è sottolineato che il compito di costoro «riguarda la diuturna verifica che il comportamento dell’organo amministrativo della società si muova liberamente nella scelta degli obiettivi della propria azione entro i limiti, tuttavia, che la legge, lo statuto e i principi di corretta amministrazione impongono»²⁸¹.

A fronte di uno spettro così ampio di doveri civilistici, persino più esteso prima della riforma del 2003, è solo della fine degli anni ’80²⁸² la “scoperta” della responsabilità omissiva dei sindaci²⁸³, emersa contestualmente – e non a caso²⁸⁴ – con *default* di particolare significato

²⁸¹ In questi termini, V. Salafia, *I sindaci*, cit., p. 140.

²⁸² Per una ricostruzione dell’evoluzione della giurisprudenza dalla fine degli anni ’80 dello scorso secolo si vedano N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit. pp. 1 ss. e A. Melchionda, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 2000, pp. 47 ss.

²⁸³ Sul concorso omissivo dei sindaci nei reati degli amministratori si vedano, nell’ambito di una ormai sterminata produzione scientifica in materia, P. Ardia, *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l’omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1253 ss.; F. Centonze, *Controlli societari*, cit., pp. 257 ss.; L.D. Cerqua, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni*, in *Giur. mer.*, pp. 1907 ss.; G. Chiaraviglio, *Concorso omissivo, concorso morale, obblighi di controllo e di impedimento del sindaco di società commerciale*, in *Riv. dott. comm.*, 2007, pp. 536 ss.; L. Mandelli, *I sindaci di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, pp. 444 ss.; A. Melchionda, *La responsabilità penale*, cit., pp. 47 ss.; A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., pp. 329 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit., pp. 1 ss.; M. Raimondo, *La posizione di garanzia del collegio sindacale nell’evoluzione giurisprudenziale*, in *Arch. Pen.*, 2012, pp. 285 ss.; A. Rossi, *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento e limiti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., pp. 2111 ss.; F. Stella-D. Pulitanò, *La responsabilità dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1990, pp. 553 ss.; V. Torre, *Posizione di garanzia e obblighi di vigilanza nell’attività del collegio sindacale*, in *Ind. pen.*, 2000, pp. 269 ss.; L. Troyer, *Il concorso omissivo dei sindaci nel reato di bancarotta fraudolenta impropria*, in *Riv. dott. comm.*, 2005, pp. 524 ss.

²⁸⁴ Segnala condivisibilmente A. Melchionda, *La responsabilità penale*, cit., p. 54, che la circostanza della scoperta del concorso negativo nel reato economico altrui «non è forse priva di un certo valore: appare infatti plausibile pensare, che anche l’entità globale di tali dissesti societari possa avere indirettamente agevolato l’adozione, da parte della giurisprudenza penale, di un più rigoroso insieme di criteri di giudizio sia con riguardo al concreto operato degli amministratori (...), che con riferimento all’attività di chi, come nel caso dei sindaci, risultava istituzionalmente chiamato a vigilare proprio sull’effettiva rispondenza della condotta dei primi a canoni di correttezza e regolarità».

economico, come quelli relativi alla Banca Privata Italiana²⁸⁵ e al Banco Ambrosiano²⁸⁶.

Fin dai primi arresti in materia²⁸⁷ la giurisprudenza ha trasposto pianamente il contenuto dei doveri di controllo dei sindaci nella determinazione del perimetro dell'obbligo giuridico di cui all'art. 40 cpv.

Segnatamente, in capo ai sindaci sussisterebbe un obbligo di impedire qualsiasi reato realizzato dagli amministratori, non solo gli illeciti penali societari e fallimentari, ma anche, a titolo esemplificativo, il peculato²⁸⁸ e la costruzione abusiva²⁸⁹. La Corte argomenta tale conclusione²⁹⁰ rilevando che, se il sindaco deve svolgere un controllo di legalità sull'attività degli amministratori, qualsiasi illecito penale da costoro realizzato e non impedito costituisce una violazione, quanto meno, del dovere di vigilanza. Il risultato del predetto insegnamento giurisprudenziale è che l'identità tra dovere di vigilanza e di impedimento iscrive fatalmente qualsiasi reato tra gli illeciti di cui sarebbe doveroso l'impedimento per il controllore.

²⁸⁵ Si tratta di Trib. Milano, 28 novembre 1987, Cultrera, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1989, pp. 613 ss.; per una decisione in tema di truffa da falso in prospetto realizzata nella gestione del medesimo istituto di credito si richiama Cass. pen., Sez. V, 28 febbraio 1991, n. 3815, Cultrera, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1849.

²⁸⁶ Si vedano Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi e altri, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1995, pp. 1477 ss.; App. Milano, 10 giugno 1996, Bagnasco e altri, *ivi*, 1998, pp. 571 ss.; Cass. pen., Sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327, Bagnasco e altri, in *Guida dir.*, 1998, 33, pp. 91 ss. Per un commento critico alle tre decisioni si veda A. Crespi, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1147 ss., ora anche in *Id.*, *Studi*, cit., pp. 34 ss., cui ci si riferirà anche in seguito per i richiami bibliografici.

²⁸⁷ Il riferimento è nuovamente alle decisioni Cultrera e Bagnasco già richiamate.

²⁸⁸ Riconosce in capo ai sindaci un dovere di impedimento del peculato commesso dagli amministratori Cass. pen., Sez. VI, 19 gennaio 2006, n. 5398, in *Riv. pen.*, 2007, p. 775 con nota di M. De Bellis, *Il peculato commesso mediante omissione dal sindaco di società concessionaria di servizi pubblici*.

²⁸⁹ Nel senso di una responsabilità dei sindaci per la costruzione abusiva realizzata dalla società, seppur in un *obiter dictum*, Cass. pen., Sez. III, 11 novembre 1993, n. 11602, Minelli, Rv. 195901, in *Cass. pen.*, 1994, p. 716, per la cui analisi si rinvia a N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit., p. 19.

²⁹⁰ Si vedano, oltre alle decisioni già richiamate, anche Cass. pen., Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 17393, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1557; Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2011, n. 31163, cit., p. 1506; Cass. pen., Sez. V, 05 ottobre 2012, n. 23000, in *Leggi d'Italia*. Sul contenuto spesso ripetitivo dell'ordito motivazionale delle decisioni della Suprema Corte in materia di responsabilità dei sindaci si vedano i puntualissimi rilievi di F. Centonze, *Controlli societari*, cit., pp. 260 ss.

Senonché si è già ampiamente illustrato²⁹¹ che dovere di vigilanza e obbligo giuridico di impedire devono restare nettamente separati e le norme che integrano il primo non possono dare contenuto al secondo, di talché la posizione della Corte di cassazione non può essere condivisa.

Più corretta e in linea con la ricostruzione teorica che qui si è proposta è la tesi patrocinata da una parte della dottrina²⁹², che individua esclusivamente nell'art. 2407, comma II, c.c.²⁹³ la disposizione fondante l'obbligo giuridico dei sindaci. Il predetto articolo dispone che i sindaci "sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica".

L'obbligo giuridico è poi esteso, in virtù del rinvio operato dal comma III della disposizione in commento all'art. 2394 c.c., ai fatti illeciti compiuti dagli amministratori in danno ai creditori dell'ente, ove le condotte abbiano violato i doveri inerenti la conservazione del patrimonio sociale.

Parte della dottrina esclude la sussistenza di un dovere di impedimento di reati altrui in capo ai sindaci, ricavabile dall'art. 2407 c.c., sulla base di due argomenti.

(i) Si rileva²⁹⁴ in primo luogo che riconoscere al solo art. 2407 c.c. la funzione di individuare i limiti del dovere giuridico di impedimento condurrebbe all'iniquo risultato interpretativo di ritenere obbligato il sindaco ad impedire solo l'illecito penale dell'amministratore e non

²⁹¹ Si veda *supra* cap. V, par. 5.

²⁹² Il richiamo è alla posizione espressa da F. Stella-D. Pulitanò, *La responsabilità dei sindaci*, cit., p. 558, già in parte sostenuta da G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 358. In senso sostanzialmente conforme G. Iadecola, *Il problema del rapporto fra responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci*, in *Giust. pen.*, 1995, p. 246.

²⁹³ Per un commento a tale disposizione si richiamano i contributi di S. Ambrosini, *Commento sub art. 2407 c.c.*, in G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti, *Il nuovo diritto societario. Commentario*, cit., pp. 972 ss.; L. Benatti, *Commento sub art. 2407 c.c.*, A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., pp. 912 ss.; P. Magnani, *Commento sub art. 2407 c.c.*, in F. Ghezzi (a cura di), *Collegio sindacale*, cit., pp. 257 ss.

²⁹⁴ L'argomento è formulato da N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit., p. 27.

quello, ad esempio, del direttore generale, senza poter spiegare le ragioni per cui nell'un caso vi sarebbe una criminalizzazione dell'omissione (ove causale e colpevole) e nell'altro mancherebbe ogni risposta penalistica a fronte di un'inerzia astrattamente rimproverabile e di pari disvalore.

L'obiezione posta trova la sua controreplica nel doveroso ossequio del principio di legalità: il legislatore ha imposto ai sindaci, attraverso il combinato disposto degli artt. 2407 c.c. e 40 cpv. c.p., di impedire gli illeciti realizzati dagli amministratori e non – volendo seguire l'esempio proposto dalla dottrina in commento – dei direttori generali. L'affermazione per cui non vi sarebbe un differente disvalore tra l'omesso impedimento di un reato di un amministratore e di un direttore generale, tanto che entrambe le omissioni andrebbero ugualmente punite, si risolve in un'argomentazione dalla cadenza analogica, per ciò solo impercorribile per la sua incompatibilità con il principio di tassatività.

(ii) Sotto altro profilo, si è sostenuto²⁹⁵ che la differente formulazione dell'art. 2407 c.c. rispetto all'art. 2392 c.c., che fonda l'obbligo di impedimento in capo agli amministratori, rappresenta un chiaro indice di una diversa responsabilizzazione delle due categorie di soggetti.

Anche tale obiezione non convince. La differenza di formulazione manifesta semplicemente la diversità del dovere di impedimento del reato altrui posta dal legislatore in capo ad amministratori e sindaci: in relazione ai primi, infatti, l'art. 2392 c.c. disegna un *dovere funzionale*, prescrivendo di impedire gli illeciti da altri compiuti, in quanto offensivi un bene giuridico (il patrimonio) di un soggetto (la società) che il garante ha l'obbligo di tutelare; l'art. 2407 c.c. attribuisce, invece, ai secondi un *dovere specifico* di scongiurare determinati reati degli

²⁹⁵ L'obiezione è proposta da I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 173. *Contra*, con argomentazioni convincenti F. Centonze, *Controlli societari*, cit., pp. 289-291.

amministratori²⁹⁶, manifestando pienamente la funzione di controllo sull'altrui gestione societaria che il codice affida al collegio sindacale.

Deve essere sottolineato che diversi autori²⁹⁷, che riconoscono quale elemento indefettibile della posizione di garanzia l'esistenza di poteri direttamente impeditivi dell'illecito, hanno escluso che sussista in capo ai sindaci un obbligo di impedire il reato degli amministratori, mancando a costoro tali poteri: data l'impostazione proposta alla presente ricerca, che mira alla ricostruzione della tipicità partendo dall'art. 40 cpv. c.p. più che dal concetto di posizione di garanzia, il problema dei poteri impeditivi sarà affrontato nel capitolo successivo, nell'ambito della trattazione della condotta tipica dell'omesso impedimento del reato economico altrui.

In definitiva, pare sostenibile un dovere specifico dei sindaci, sulla base del disposto degli artt. 2407, comma II, e 2394 c.c., di impedire gli illeciti degli amministratori che cagionino un danno alla società o ai creditori sociali (in quest'ultimo caso solo ove la condotta dei consiglieri abbia violato le norme sulla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale).

9. I membri dell'organismo di vigilanza: l'insussistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento in mancanza di una disposizione idonea ad integrare l'art. 40 cpv. c.p.

In ordine alla configurabilità di un concorso negativo nel reato economico altrui, decisamente diversa rispetto a quelle poco più sopra illustrate di amministratori e sindaci, è la posizione dei membri dell'organismo di vigilanza (in seguito odv), previsto dal D.Lgs.

²⁹⁶ Per la distinzione tra dovere specifico e dovere funzionale di impedire il reato altrui si veda *supra*, cap. III, par. 3.

²⁹⁷ Si considerino le posizioni, in merito alla (in)sussistenza di una posizione di garanzia in capo ai sindaci perché privi di poteri impeditivi, espresse da A. Battiati, *Considerazioni critiche in ordine ai più recenti orientamenti giurisprudenziali sui reati omissivi impropri e sull'obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Giust. pen.*, 2012, II, pp. 175 ss.; A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 204; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 172 ss.; L. Mandelli, *I sindaci di s.p.a.*, cit., pp. 456 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit., *passim*; V. Torre, *Posizione di garanzia*, cit., pp. 285 ss.

231/2001, che disciplina la responsabilità degli enti dipendenti da reato²⁹⁸.

Come noto, la responsabilizzazione dell'ente passa attraverso l'imputazione allo stesso di un reato, tra quelli tassativamente previsti dal decreto, commesso da soggetti apicali o da chi è sottoposto alla direzione o vigilanza dei predetti, nell'interesse o a vantaggio della *societas*²⁹⁹.

Il criterio soggettivo di ascrizione all'ente dell'illecito muta a seconda dell'autore (persona fisica) del reato presupposto; per ciò che qui interessa, la responsabilità è esclusa in relazione agli illeciti commessi dagli apicali se, ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. 231/2001, la *societas* ha adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi³⁰⁰; tali *compliance*

²⁹⁸ In materia la bibliografia è sterminata. Tra i principali e generali contributi in materia, senza nessuna pretesa di completezza, si possono ricordare A. Alessandri, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2002, pp. 33 ss.; A. Bassi-T.E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006; G. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004; G. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; A. Levis-A.Perini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014; A. Manna, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2002, pp. 501 ss.; F.C. Palazzo (a cura di), *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; C.E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società (D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61)*, Milano, 2002, pp. 47 ss.; Id., *La società "punita": del "come", del "perché" e del "per cosa"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.; Id., *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le Soc.*, 2011, 12s, pp. 5 ss.; D. Pulitanò *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 415 ss.; Id., *La responsabilità da "reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2003, 6s, pp. 7 ss.; M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, pp. 393 ss.

²⁹⁹ Sui criteri oggettivi di ascrizione della responsabilità si vedano in generale L.D. Cerqua, *Responsabilità degli enti: i criteri oggettivi di attribuzione del reato*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, pp. 76 ss. e O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali*, cit., pp. 56 ss.; sui concetti di interesse o vantaggio si richiamano per tutti, A. Astrologo, *"Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 449 ss. e N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, nonché la bibliografia ivi indicata.

³⁰⁰ Si rimprovera, come noto, all'ente sotto il profilo soggettivo una colpa d'organizzazione, su cui fondamentale resta C.E. Paliero-C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, cit., pp. 167 ss.

programs, poi, devono essere stati elusi fraudolentemente³⁰¹ dall'autore dell'illecito. Inoltre, per andare indenne da conseguenze sanzionatorie, l'ente deve aver affidato ad un odv, dotato di idonei poteri, il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello³⁰²; tale funzione deve essere, infine, stata svolta senza omissioni o inadempienze dall'odv stesso³⁰³.

Già da questo quadro appena abbozzato emerge la centralità dell'odv nel meccanismo di imputazione del reato all'ente, cui si accompagna il massimo grado di indeterminatezza nella disciplina normativa dell'organo di controllo³⁰⁴.

Un'analisi di tutti i profili problematici postisi nella strutturazione del modello organizzativo e discussi in dottrina, ad esempio, in ordine alla composizione dell'organismo, alla selezione e nomina dei suoi componenti, all'individuazione dei poteri e doveri dell'odv come collegio e dei suoi membri, esula dall'economia del discorso³⁰⁵; ciò che qui interessa verificare è, invece, l'eventuale sussistenza in capo ai singoli componenti dell'odv di un obbligo giuridico, rilevante in relazione alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv., di impedire i reati presupposto commessi da soggetti apicali e subordinati.

L'individuazione dell'esistenza o meno di un tale obbligo giuridico è strettamente interrelata con il ruolo e le conseguenze che la creazione della responsabilità degli enti può avere sull'imputazione di coloro che

³⁰¹ Sul concetto di elusione fraudolenta del modello si veda, ex pluribus, C.E. Paliero, Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?, in *Le Soc.*, 2010, pp. 480-481.

³⁰² Sul punto fondamentale è la ricostruzione di C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo*, cit., pp. 2066 ss. In ordine alla dimensione prasseologica dell'adozione del modello e alla sua valutazione giudiziale si vedano G. Fidelbo, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Le Soc.*, 2011, 12s, pp. 55 ss.; C. Piergallini, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, *ivi*, pp. 46 ss.

³⁰³ Sui tratti contenutistici che il controllo dell'odv deve avere per poter escludere la responsabilità dell'ente si vedano, per tutti, N. Abriani-F. Giunta, *L'organismo di vigilanza previsto dal D.Lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 3, pp. 191 ss.

³⁰⁴ Sostanzialmente in questi termini F. Centonze, *Controlli societari*, cit., p. 400.

³⁰⁵ Si vedano per un quadro d'insieme e per i riferimenti bibliografici, tra gli altri, N. Abriani-F. Giunta, *L'organismo di vigilanza*, cit., pp. 191 ss.; S. Giavazzi, *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Le Soc.*, 2012, pp. 1217 ss.

siano tenuti, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., ad impedire il reato economico altrui³⁰⁶.

Vi sono sul punto, per così dire, due distinte posizioni. Vi è chi ha rilevato che la "separazione sinergica" tra responsabilità dell'individuo e dell'ente «dovrebbe portare alla progressiva riduzione del diritto penale "classico" ad un ruolo residuale, perché residuali diverrebbero, sotto l'impatto preventivo dei *compliance programs*, le illegalità realizzate a titolo individuale dalle persone fisiche: per il resto, l'illegalità, o è fermata dal filtro preventivo dei protocolli, o è imputata direttamente alla persona giuridica»³⁰⁷. Nella stessa prospettiva si sarebbe mosso il legislatore storico, che nella Relazione al D.Lgs. 231/2001 sottolineava che la responsabilizzazione dell'ente costituisce «una soluzione (...) quasi necessitata sul piano logico (dal momento che assicura la corrispondenza tra chi commette l'illecito e chi ne paga le conseguenze giuridiche), oltre che auspicabilmente idonea, su quello pratico, a contenere le distorsioni di una giurisprudenza che, come noto, tendeva – in nome della prevenzione generale – a dilatare oltre il consentito l'ambito delle responsabilità individuali degli amministratori»³⁰⁸.

Di tutt'altro avviso quegli autori³⁰⁹ che, pur in un'ottica critica rispetto a tale esito, sottolineano che «la "macro-posizione" di garanzia, l'obbligo, per così dire "collettivo", di impedimento dell'attività criminosa, che l'ente ha l'onere di accollarsi, se vuole evitare di rispondere del reato commesso dai vertici o dai sottoposti, non può non trasmettersi alla posizione giuridica delle persone fisiche, titolari di funzioni direttive o di controllo, in termini di incremento degli obblighi di agire penalmente sanzionati»³¹⁰. Prosegue l'autore: «la legalità "preventiva" che l'ente è chiamato a realizzare al suo interno si traduce in un obbligo di garanzia per l'individuo ("l'impresa come fonte di

³⁰⁶ Sul punto fondamentale è A. Gargani, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1061 ss.

³⁰⁷ In questo senso C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca*, cit., p. 1249.

³⁰⁸ Così la Relazione al D.Lgs. 231/2001, par. 3.2.

³⁰⁹ Il riferimento è a K. Volk, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, in F.C. Palazzo (a cura di), *Societas puniri potest*, cit., pp. 189 ss. e A. Gargani, *Imputazione del reato*, cit., pp. 1061.

³¹⁰ Così A. Gargani, *Imputazione del reato*, cit., p. 1065.

pericolo per gli interessi penalmente protetti”), ossia in una posizione di garanzia finalizzata alla scoperta e all'impedimento di reati»³¹¹. L'introduzione della responsabilità degli enti avrebbe quale portato, fatale ed esiziale al contempo, che «potenzialmente, tutti i soggetti coinvolti nella progettazione, predisposizione, esecuzione, attuazione e applicazione dei protocolli (elaboratori, progettisti, *vigilantes*, investigatori, membri di commissioni disciplinari, supervisori, ecc.) potrebbero risultare destinatari di un obbligo giuridico di prevenzione/impedimento dei reati, discendente direttamente dal singolo modello organizzativo-gestionale adottato in concreto, quale attuazione della disciplina prevista dal d.lgs. n. 231 del 2001, la quale assurgerebbe a vera e propria fonte generatrice primaria dell'obbligo giuridico di impedimento dei reati all'interno dell'impresa»³¹².

È in tale quadro, che nel silenzio della giurisprudenza, scaturisce l'acceso dibattito tra gli studiosi in punto di responsabilizzazione dei componenti l'odv.

Entrando nel merito, una parte minoritaria della dottrina³¹³ riconosce la sussistenza in capo ai membri dell'odv di un obbligo giuridico di impedire tutti i reati presupposto contenuti nel c.d. catalogo 231. A sostegno di tale assunto si recupera proprio l'idea della necessaria implicazione tra obblighi di impedimento del reato presupposto a carico dell'ente e doveri giuridici rilevanti *ex art. 40 cpv. c.p.* delle persone fisiche a cui il modello organizzativo attribuisce funzioni di controllo.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ivi*, p. 1066.

³¹³ Si tratta di R. Alagna, *L'organismo di vigilanza nel D.Lgs. 231/2001: funzione e responsabilità*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, pp. 574 ss.; A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, cit., pp. 379 ss.; F. Vignoli, *Profili critici della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 2, p. 97 ss.

La dottrina maggioritaria³¹⁴ esclude, invece, l'esistenza di un generale obbligo giuridico di impedire i reati presupposto del D.Lgs. 231/2001 con motivazioni ampiamente condivisibili.

In primo luogo, manca una disposizione, con le caratteristiche di fonte e di contenuto più sopra individuate, che fondi un dovere idoneo ad integrare la clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p. Si sottolinea, infatti, che «mai il legislatore ha espresso indicazioni in ordine all'eventuale obbligo giuridico dei componenti dell'organismo di impedire i reati-presupposto e che i compiti dell'organismo stesso si risolvono nella vigilanza e sull'osservanza del modello di organizzazione (e nella cura del suo aggiornamento)»³¹⁵. A ben vedere, infatti, come puntualmente rilevato da Pedrazzi, il compito dell'odv è di «assicurare l'effettività dei modelli di organizzazione», non già di «prevenire concreti episodi delittuosi»³¹⁶. Né il modello organizzativo può costituire di per sé fonte dell'obbligo, stante il principio di riserva di legge³¹⁷.

Altri autori³¹⁸ ammettono un più limitato obbligo di impedimento in capo ai membri dell'odv, circoscritto ai soli delitti di ricettazione,

³¹⁴ Escludono tout court un obbligo impeditivo rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. in capo ai membri dell'odv A. Aldrovandi, *I "modelli di organizzazione e di gestione" nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel "governo" delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2007, p. 463; A. Alessandri, *I soggetti*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 42; A. Baudino-C. Santoriello, *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 2, pp. 66 ss.; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 108; F. Giunta, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2006, pp. 610-611; M. La Rosa, *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1310; A. Masia, *Modelli di organizzazione antinfortunistici e posizioni di garanzia, tra vecchio e nuovo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 4, pp. 75 ss.; A. Mereu, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 95; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, cit., pp. 2077-2078.

³¹⁵ In questi termini F. Centonze, *Controlli societari*, cit., p. 412.

³¹⁶ Così C. Pedrazzi, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, vol. II, Milano, 2002, p. 1375.

³¹⁷ In questo senso, tra gli altri, F. Giunta, *Controllo e controllori*, cit., p. 611 e C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo*, cit., p. 2078.

³¹⁸ Aderiscono all'indirizzo in commento, A. Bernasconi, *Commento sub art. 6*, in A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.Lgs. 8 giugno*

riciclaggio e rimpiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, fondato sui doveri di comunicazione imposti (anche) all'odv dalla disciplina sulla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo (D.Lgs. 231/2007).

In particolare, per ciò che qui interessa, l'art. 52, comma I, D.Lgs. 231/2007³¹⁹ pone in capo ai membri dell'odv l'obbligo di vigilare sul rispetto delle norme previste dal D.Lgs. 231/2007, nei limiti delle proprie competenze³²⁰.

Il capoverso³²¹ della medesima disposizione impone all'odv quattro tipologie di comunicazioni. L'organismo deve, infatti, comunicare: (i) alle autorità di vigilanza di settore le possibili violazioni delle disposizioni emanate dalle stesse, relative alle modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, di organizzazione, di registrazione, delle procedure e dei controlli interni;

2001, n. 231, Padova, 2008, p. 147; F. D'Arcangelo, *Il ruolo e la responsabilità dell'organismo di vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 1, pp. 70 ss.; N. Pisani, *La struttura dell'illecito e i criteri d'imputazione*, in A. Di Amato-A. D'Avirro (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Assago, 2009, pp. 164-166; T.E. Romolotti, *Prove d'ingegneria genetica sull'organismo di vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, p. 90.

³¹⁹ Si riporta il comma I dell'art. 52 per comodità di lettura: "Fermo restando quanto disposto dal codice civile e da leggi speciali, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati presso i soggetti destinatari del presente decreto vigilano, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze, sull'osservanza delle norme in esso contenute".

³²⁰ Sugli obblighi dell'odv in relazione alla disciplina c.d. antiriciclaggio si veda per tutti T. Atrigna, *La responsabilità dell'organismo di vigilanza per le violazioni di cui all'art. 52 della normativa AML*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3, 2012, pp. 129 ss.

³²¹ L'art. 52, comma II, prevede: "Gli organi e i soggetti di cui al comma I: a) comunicano, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'articolo 7, comma 2; b) comunicano, senza ritardo, al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 41 di cui hanno notizia; c) comunicano, entro trenta giorni, al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 49, commi 1, 5, 6, 7, 12,13 e 14 e all'articolo 50 di cui hanno notizia; d) comunicano, entro trenta giorni, alla autorità di vigilanza di settore le infrazioni alle disposizioni contenute nell'articolo 36 di cui hanno notizia".

(ii) al Ministero dell'economia le inosservanze relative ai limiti all'uso del contante e dei titoli al portatore, nonché le infrazioni del divieto di conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia; (iii) all'Unità di informazione finanziaria (UIF) le violazioni dell'obbligo di registrazione delle operazioni compiute previsti dall'art. 36 D.Lgs. 231/2007; (iv) al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato le operazioni sospette *ex art.* 41 D.Lgs. 231/2007.

Il successivo art. 55, comma V³²², punisce l'omissione delle comunicazioni doverose individuate dal citato art. 52, comma II.

L'obbligo di impedimento deriverebbe dunque, in primo luogo, dal generale dovere di vigilanza, che porrebbe «uno specifico dovere di garanzia della esatta osservanza di tali norme e costitui[rebbe] inequivoco segnale di un dovere di impedimento di quelle ipotesi di riciclaggio non ancora verificatesi, ma del cui possibile verificarsi vi è traccia nelle circostanze o nelle operazioni oggetto di doveroso accertamento»³²³. La prova di una funzione di garanzia dell'odv di rilievo penalistico in relazione all'impedimento dei delitti di ricettazione, riciclaggio e rimpiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita emergerebbe anche dall'incriminazione dei doveri di comunicazione agli enti pubblici preposti, a vario titolo, a presidiare sulle disposizioni c.d. antiriciclaggio.

Entrambi gli argomenti non convincono. L'obbligo di sorveglianza di cui all'art. 52, comma I, D.Lgs. 231/2007 è prescritto solo nei limiti delle funzioni e dei compiti propri dell'odv: dunque, tale previsione non può di per sé fondare un obbligo specifico di impedimento se ne manca uno generale, proprio come nel caso di specie. Sotto altro profilo, la vigilanza e i correlati obblighi di comunicazione non si riferiscono alla realizzazione degli illeciti di cui agli artt. 648, 648 *bis* e 648 *ter* c.p., bensì a talune infrazioni del D.Lgs. 231/2007, e per di più sono riferiti

³²² Così la fattispecie incriminatrice: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, l'esecutore dell'operazione che omette di indicare le generalità del soggetto per conto del quale eventualmente esegue l'operazione o le indica false è punito con la reclusione da sei mesi a un anno e con la multa da 500 a 5.000 euro".

³²³ Così F. D'Arcangelo, *Il ruolo e la responsabilità*, cit., p. 71.

all'organo e non ai singoli membri: si evince, dunque, al più un obbligo diretto ad impedire violazioni del decreto, non già illeciti penali³²⁴. Non pare poi possibile fondare, come già rilevato in altra parte della ricerca, l'obbligo giuridico rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.* su una norma penale (art. 55 D.Lgs. 231/2007), esaurendo la fattispecie incriminatrice tutte le condotte che il legislatore ha inteso sanzionare penalmente, o su una disposizione che delinea un dovere di diligenza (art. 52 D.Lgs. 231/2007).

In definitiva, pare condivisibile l'insegnamento della dottrina maggioritaria che esclude un obbligo giuridico di impedire reati di soggetti intranei all'ente in capo ai membri dell'odv, mancando una disposizione idonea, sotto il duplice profilo di fonte e di contenuto, ad integrare l'art. 40 cpv. c.p.

³²⁴ Tale argomento è sviluppato da F. Centonze, *La "partnership" pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo societari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, cit., pp. 1799-1800.

CAPITOLO VI

LA FUNZIONE SELETTIVA DEI POTERI IMPEDITIVI: IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA ISTANZE DI PREVENZIONE GENERALE E DI LEGALITÀ-COLPEVOLEZZA

Sommario: 1. I termini del problema: la duplice dicotomia tra poteri direttamente *vs* indirettamente impeditivi e nominati *vs* innominati. – 2. Poteri nominati *vs* innominati dei controllori societari: la discrasia tra dottrina e giurisprudenza. – 3. La capacità impeditiva del potere: la spaccatura in dottrina e la tesi rigorista della giurisprudenza. – 4. Il problema della prova del nesso causale nella giurisprudenza di legittimità. – 5. I poteri (nominati ed impeditivi) attribuiti agli amministratori. – 6. Le condotte tipiche di concorso negativo dei sindaci nel reato degli amministratori.

1. I termini del problema: la duplice dicotomia tra poteri direttamente *vs* indirettamente impeditivi e nominati *vs* innominati

L'individuazione dei poteri³²⁵, che il soggetto gravato da un obbligo giuridico di impedire l'evento deve attivare per adempiere alla propria funzione di garante, è problema cruciale nella ricostruzione del paradigma dell'omesso impedimento del reato economico altrui.

È, infatti, il potere che descrive la condotta (con il relativo disvalore) che il precetto della fattispecie incriminatrice impone come doverosa per l'obbligato, per non incorrere in una responsabilità per omissione impropria e, più specificamente per ciò che qui interessa, per concorso negativo nel reato altrui.

³²⁵ Sui poteri impeditivi è incentrato il contributo di C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, pp. 641 ss. Si vedano inoltre, F. Centonze, *Controlli societari*, pp. 168 ss.; P. Chiaraviglio, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri d'impedimento*, in *Le Soc.*, 2010, pp. 886 ss.; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 162 ss.; A. Nisco, *Controlli sul mercato*, cit., pp. 275 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit., pp. 67 ss.

Nei diversi momenti in cui si scompone la ricostruzione della fattispecie (astratta, concreta e reale), il potere impeditivo assume funzioni diverse.

Sul piano della *fattispecie astratta*, a monte dell'illecito, l'identificazione dei poteri implica l'esatta delimitazione dei doveri cui il garante deve adempiere: serve, in altre parole, ad individuare la rosa delle azioni che l'ordinamento attende che il garante tenga per adempiere al proprio obbligo.

Già su questo piano emerge una duplice interazione.

(i) In primo luogo vi è uno stretto legame tra potere e dovere: il precetto sanziona la mancata attivazione di un potere che si aveva l'obbligo di esercitare, al fine di impedire un evento. In quest'ottica, «il potere è l'attesa, riposta in una norma, che la realtà subisca un mutamento»³²⁶ e, specularmente, la responsabilità omissiva scaturisce dal "tradimento" di tale aspettativa³²⁷.

(ii) Vi è poi da considerare la funzione, per così dire, di ponte che svolge il potere impeditivo tra i due momenti di selezione della tipicità compiuti dall'obbligo giuridico, ovvero il destinatario del precetto e l'evento che deve impedire. Se è inevitabile che la condotta segni il legame necessario tra l'autore dell'illecito e l'evento, sarà oggetto di valutazione, invece, se e come, già sul piano della fattispecie astratta, gli altri due elementi tipizzanti possano incidere sull'individuazione dei poteri impeditivi.

Volgendo, poi, alla *fattispecie concreta*, il potere impeditivo assume una funzione centrale nell'economia dell'accertamento del nesso causale omissivo: nella rosa più o meno ampia dei poteri attribuiti al garante, la valutazione ricadrà esclusivamente su quelli che avrebbero (ipoteticamente) scongiurato l'evento in concreto verificatosi,

³²⁶ Così A. Nisco, *Controlli sul mercato*, cit., p. 293.

³²⁷ Questa in sostanza la definizione che offre W. Gallas, *Das Wesen des strafrechtlichen Unterlassens und seine Stellung im System der Verbrechenlehre*, 1932, ora in Id., *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg, 1989, pp. 24 ss., come riportata da A. Nisco, *Controlli sul mercato*, cit., p. 182, nt. 161.

costituendo, dunque, tali poteri uno dei termini del giudizio di causalità.

L'individuazione dei poteri passa attraverso una duplice scelta tipologica tra: poteri direttamente impeditivi *vs* poteri indirettamente impeditivi; poteri strettamente tipizzati dal legislatore (nominati) *vs* poteri atipici (innominati)³²⁸.

La prima bipartizione dei poteri (direttamente *vs* indirettamente impeditivi) è collegata all'idoneità o inidoneità del potere, che si ritiene il garante debba attivare, di incidere *direttamente* ed *immediatamente* sull'*iter criminis* del reato altrui, interrompendolo.

Nella seconda suddivisione (poteri nominati *vs* innominati), la questione controversa è se i controllori societari siano obbligati ad impedire il reato, tenendo qualsiasi condotta, di fatto o di diritto, connessa al loro ruolo societario o meno, che possa essere idonea ad interrompere l'illecito *in itinere* o se possano, invece, limitarsi ad esercitare quei poteri tipizzati dal legislatore in relazione alla carica assunta. Compendiando, la variabile è costituita dalla rilevanza penalistica esclusiva o meno dei poteri previsti dal legislatore in relazione alla funzione propria del garante.

Sulla scelta tra l'una e l'altra opzione delle due dicotomie si registrano divisioni non solo tra dottrina e giurisprudenza, ma anche all'interno della dottrina stessa, che meritano di essere approfondite per le conseguenze assai significative che ciascuna connotazione del potere finisce per avere sulla tipicità e sul suo accertamento, nonché sul disvalore della fattispecie incriminatrice.

L'analisi di seguito svolta sarà incentrata sull'impedimento del reato economico altrui e troverà le proprie esemplificazioni in relazione ai poteri attribuiti agli amministratori non esecutivi e ai sindaci, di cui si

³²⁸ Tale duplice dicotomia pare rinvenirsi, pur con accenti diversi e in termini meno netti, anche in F. Centonze, *Il problema della responsabilità*, cit., pp. 334-335.

è affermata nel capitolo precedente la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire (con i limiti anzidetti) il reato altrui.

Giova chiarire sin da ora che, in tanto si potrà parlare di poteri impeditivi, in quanto questi possano intervenire su un *iter criminis* in corso. Non saranno, dunque, impeditive quelle condotte che possano essere attivate solo a seguito di un reato consumato³²⁹: si pensi, paradigmaticamente, al potere dell'amministratore dissenziente di impugnare una delibera con cui si disponga l'immediata "ripartizione di utili non effettivamente conseguiti"³³⁰, qualora la distribuzione avvenga subito dopo la decisione del consiglio di amministrazione.

Allo stesso modo, non possono dirsi impeditive quelle attività compiute da amministratori e sindaci per adempiere, rispettivamente, all'obbligo di "agire informato"³³¹ e di "vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento"³³². In altre parole, non sono impeditive tutte quelle azioni, funzionali eventualmente a scoprire l'esistenza di un reato *in itinere*, ma che non incidono in nessun modo sul decorso causale dell'illecito. Volendo esemplificare, il mancato esercizio del potere attribuito ai singoli sindaci di procedere ad ispezioni (*ex art. 2403 bis*, comma I, c.c.) non potrà essere l'oggetto del giudizio controfattuale (doppiamente) ipotetico³³³ tipico dell'accertamento del nesso causale omissivo, giacché è condotta idonea ad acquisire la conoscenza dell'illecito, non già ad impedirlo. Tale omissione potrà assumere rilevanza, invece, nell'economia della prova dell'elemento soggettivo,

³²⁹ Sul punto per tutti, G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., pp. 351 ss.

³³⁰ Sul reato di cui all'art. 2627 c.c. si vedano, per tutti, M.F. Fontanella, *L'illegale ripartizione degli utili e delle riserve*, in L.D. Cerqua (a cura di), *Diritto penale delle società*, tomo I, Padova, 2009, pp. 287 ss.; F. Mucciarelli, *La tutela del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., pp. 287 ss.

³³¹ Previsto dall'art. 2381, ult. comma, c.c., su cui vedi *supra*, cap. V, par. 7.

³³² Obbligo previsto dall'art. 2403 c.c., per la cui trattazione si rimanda a *supra*, cap. V, par. 8.

³³³ Sul punto C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione*, cit., pp. 841 ss.

qualora connoti la condotta come negligente o imperita o, persino, nell'ipotesi in cui possa essere letta come un indice di dolo³³⁴.

La distinzione, per semplificare, tra *potere conoscitivo* e *potere impeditivo* non è sempre chiara alla giurisprudenza, che tende a confondere non solo le due forme di potere, ma anche queste e il dovere di vigilanza. A dimostrazione di ciò si considerino le parole della Suprema Corte: «l'ampio spettro dei poteri dei sindaci è delineato da quella norma [2403 c.c.] con indubbia precisione: essi debbono controllare l'amministrazione della società, vigilare sull'osservanza della legge, accertare la regolare tenuta della contabilità, la corrispondenza del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite alle risultanze dei libri contabili, controllare l'esistenza dei valori e dei titoli di proprietà e per l'esercizio di tutte queste complesse funzioni possono procedere in qualsiasi momento, ed anche individualmente, ad atti di ispezione nonché chiedere informazioni agli amministratori sullo svolgimento di alcune operazioni»³³⁵. Come si vede, la Corte afferma di individuare i poteri impeditivi, ma, indica invece, il contenuto dell'obbligo di vigilanza e gli strumenti conoscitivi attribuiti ai sindaci.

Sgombrato il campo da possibili confusioni, è ora possibile cercare di declinare il contenuto del potere impeditivo, provando a risolvere la doppia dicotomia tra poteri nominati *vs* innominati e direttamente *vs* indirettamente impeditivi.

2. Poteri nominati *vs* innominati dei controllori societari: la discrasia tra dottrina e giurisprudenza

Il primo nodo da sciogliere è se siano da escludere, dal novero delle leve impeditive che il garante deve attivare, tutte quelle azioni, di fatto o giuridiche, che non siano strettamente correlate alla funzione rivestita

³³⁴ Sul punto si tornerà, *funditus, infra*, cap. VIII.

³³⁵ Come rilevato da F. Centonze, *Controlli societari*, cit., p. 262, si tratta di affermazione ricorrente in giurisprudenza, che si rinviene, ad esempio, in Cass. pen., Sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327, Bagnasco e altri, cit., nonché in Cass. pen., Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 17393, cit.

dal soggetto. Si è visto, nell'individuare i tratti della norma integratrice dell'obbligo giuridico contenuto nella clausola di equivalenza, che questa impone il dovere di agire a determinate categorie di soggetti: vi è allora da chiedersi se solo i poteri che il legislatore leghi alla funzione possano costituire la condotta concorsuale o se, invece, una volta che si sia gravati del dovere di controllo, sia necessario assumere ogni iniziativa.

La giurisprudenza accede ad un'esegesi che amplia al massimo i poteri-doveri di intervento di amministratori e sindaci. Si è già anticipato³³⁶ che per la Suprema Corte il garante è tenuto ad esercitare ogni possibile potere, giuridico o di fatto, connesso o meno con la propria funzione, con il solo limite dei comportamenti antiggiuridici. Spetterebbe, dunque, al giudice «rinvenire la relativa esistenza [dei poteri] nella dotazione disponibile al soggetto», considerando che «l'area interessata è quella più prossima all'attività professionalmente esercitata [dal garante], ma nulla vieta di ipotizzare rimedi diversi contrassegnati da efficacia impeditiva»³³⁷. Secondo altro arresto, «la ricerca delle leve impeditive non può svolgersi soltanto in ragione della espressa e formale tipicizzazione normativa, ma deve calarsi nella considerazione delle effettive opportunità, offerte al [controllore] nel corso della vicenda societaria, per manifestare il proprio dissenso od altrimenti dispiegare attività impeditiva»³³⁸.

In definitiva, non sarebbe richiesta «la presenza di formali e tipicizzate leve impeditive dell'evento pregiudizievole: la legge non descrive le forme con cui deve esprimersi la condotta di ostacolo verso il probabile pregiudizio al patrimonio sociale»³³⁹.

Per esemplificare la portata pratica dell'impostazione giurisprudenziale, merita di essere ricordata, non solo per l'importanza

³³⁶ Si veda *supra* cap. IV, par. 2.

³³⁷ Così Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, cit.

³³⁸ Con queste parole, Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, in *Cass. Pen.* 2011, pp. 4422 ss., con nota di M. Piccardi, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*. *Profili soggettivi della fattispecie*, pp. 4438 ss.

³³⁹ *Ibidem*.

della vicenda sottostante, la decisione della Suprema Corte sulle responsabilità degli amministratori del gruppo Parmalat per le condotte di aggioaggio informativo realizzate fino al *default* delle società³⁴⁰. In particolare, è d'interesse la posizione di S.L., amministratore non esecutivo, condannato in appello per concorso negativo nei fatti di aggioaggio informativo, commessi dai consiglieri delegati.

La Cassazione, nel rispondere alle doglianze della difesa sulla mancanza di poteri tipici idonei ad impedire la commissione degli illeciti in contestazione, conferma l'affermazione di responsabilità, rimproverando al consigliere non esecutivo di non aver attivato quegli «strumenti esterni alla propria funzione, ma facilmente disponibili, come l'informazione a mezzo stampa» che «avrebbe[ro] sicuramente bloccato il corso delittuoso di quella gestione»³⁴¹. In altre parole, l'amministratore, venuto a conoscenza delle condizioni reali del gruppo, avrebbe dovuto e potuto emettere un comunicato al mercato, per avvisare gli investitori che le informazioni diffuse dagli amministratori delegati erano false³⁴².

Tale insegnamento non appare affatto condivisibile, tanto da risultare avversato della dottrina unanime³⁴³. Due sembrano i profili dirimenti, che impongono di optare per la rilevanza penalistica dei soli poteri nominati.

(i) Il dato ineludibile da cui partire nella critica all'impostazione giurisprudenziale è il carattere di reato proprio dell'illecito omissivo di cui all'art. 40 cpv. c.p. È stato osservato che «nei reati propri gli elementi del fatto tipico – qualifica del soggetto attivo, condotta, evento, rapporto causale, oggetto materiale e bene giuridico – presentano una

³⁴⁰ Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, cit.

³⁴¹ Si tratta della decisione della Suprema Corte Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, cit.

³⁴² Per una critica sul punto a tale decisione, F. Centonze, *Il problema della responsabilità*, cit., p. 335.

³⁴³ Si vedano, tra gli altri, F. Centonze, *Il problema della responsabilità*, cit., p. 335; G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., pp. 329 ss.; F. Stella-D. Pulitanò, *La responsabilità dei sindaci*, cit., p. 563; A. Nisco, *Controlli sul mercato*, cit., p. 182, C. Paonessa, *Obbligo di impedire*, cit., pp. 660-661; M. Pierdonati, *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 978.

“omogeneità” tra il primo e l’ultimo elemento indicato (qualifica e bene giuridico) di talché ne risultano plasmati (condizionati o “colorati”) gli altri elementi del fatto»³⁴⁴. In quest’ottica, «la qualifica rivestita dal soggetto attivo concorre a descrivere una specifica forma di offesa al bene giuridico»³⁴⁵: non è logicamente possibile, allora, che un reato possa «caratterizzarsi attraverso la presenza di un dovere personale e al contempo configurarsi indipendentemente dalla violazione di esso»³⁴⁶.

Sinteticamente: «non solo è irrilevante per il diritto penale l’omissione compiuta dal *quivis de populo* (...), ma lo è anche l’omesso esercizio di un potere del quale il garante non è titolare (in senso giuridico) e/o del quale egli è titolare in una situazione contingente»³⁴⁷.

(ii) Sotto un secondo profilo, l’impostazione adottata dalla giurisprudenza è tutta incentrata sulla fattispecie concreta: si descrive il reato altrui (evento), si individuano i poteri di qualsiasi genere che l’avrebbero impedito e, infine, si costruisce *à rebour* la fattispecie astratta sotto il profilo dei poteri-doveri di attivazione. Così facendo, però, si smarrisce il senso stesso dell’omissione e il suo disvalore di condotta: non può attendersi *ex ante* una condotta che si descrive come doverosa solo *ex post*. Parafrasando Romano³⁴⁸, l’inquietante alternativa è tra la violazione del principio di precisione, ove si intenda il precetto della fattispecie astratta come comandasse “fai qualsiasi cosa sia possibile”, o di riserva di legge e irretroattività, lasciando al giudice il compito di individuare *ex post* l’azione che il garante avrebbe dovuto tenere, dando vita ad una sorta di “fattispecie a formazione progressiva”³⁴⁹.

³⁴⁴ In questi termini G. P. Demuro, *Tipicità e offesa*, cit., p. 826. In senso conforme, A. Gullo, *Il reato proprio*, cit., p. 103 ss.

³⁴⁵ Così G. P. Demuro, *Tipicità e offesa*, cit., p. 825.

³⁴⁶ Alla lettera, S. Seminara, *Tecniche normative*, cit., p. 409.

³⁴⁷ La puntuale sintesi si deve ad A. Nisco, *Controlli sul mercato*, cit., p. 182.

³⁴⁸ Il riferimento è alla nota critica svolta da M. Romano, *Commentario*, vol I, cit., p. 392 per cui «o la posizione di garanzia, che è elemento costitutivo dei reati omissivi impropri, non è prevista dalla legge, e allora è violato il principio di riserva di legge o è invece prevista, ma con scarsamente tollerabile genericità e approssimazione e allora è violato il principio di determinatezza».

³⁴⁹ Una critica in parte analoga è svolta da R. Bricchetti, *Un obbligo di garanzia “leggero” che pone numerosi interrogativi*, in *Guida dir.*, 2007, 35, p. 80 per cui il rischio è che l’amministratore debba

In definitiva, se non si vuole snaturare l'essenza stessa di reato proprio dell'omissione impropria e se ne vuole offrire una lettura costituzionalmente conforme, l'alternativa tra poteri nominati ed innominati va risolta senz'altro a favore della tipicità penale solo dei primi.

3. La capacità impeditiva del potere: la spaccatura in dottrina e la tesi rigorista della giurisprudenza

Più complessa è la soluzione della dicotomia tra poteri direttamente *vs* indirettamente impeditivi, su cui la stessa dottrina è divisa, con posizioni non sempre nitidamente distinguibili.

In quest'ambito merita di essere considerata, come punto di partenza della riflessione, l'impostazione di Fiorella³⁵⁰, seguita oggi da buona parte della dottrina³⁵¹ e sporadicamente accolta in giurisprudenza³⁵², che distingue tra posizione di sorveglianza e posizione di garanzia. La distinzione è di particolare significato perché, nella prospettiva in commento, solo chi è investito di una posizione di garanzia è destinatario degli obblighi di impedimento imposti dall'art. 40 cpv. c.p., mentre i doveri di sorveglianza acquistano rilevanza penalistica solo se direttamente tipizzati in una disposizione di parte speciale.

Entrando nel merito della distinzione, si è in presenza di una posizione di garanzia ove «il legislatore, sul presupposto di una particolare posizione di potere di determinati soggetti, si attende ed

di volta in volta valutare in concreto come agire, in assenza di un precetto preciso. Si veda anche M. Pierdonati, *Crisi dell'impresa*, cit. p. 978.

³⁵⁰ La tesi è prospettata in A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., pp. 198 ss.

³⁵¹ Si vedano tra gli altri, pur con posizioni non sempre pienamente coincidenti con quella espressa da Fiorella, F. Giunta, A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., pp. 270 ss. N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit., pp. 36 ss. In parte diverse le posizioni di I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 190 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., pp. 165 ss. di cui si dirà a breve.

³⁵² Per l'adesione piena a tale impostazione si veda Cass. pen., Sez. IV, 20 febbraio 2008, n. 22614 in *Cass. pen.*, 2009, pp. 537 ss., relativa al disastro aviatorio di Linate.

impone un'azione, per così dire, "risolutiva", nel senso di attendersi ed imporre un intervento penetrante che effettivamente impedisca il verificarsi dell'evento criminoso»³⁵³; diversamente, sussisterà un obbligo di sorveglianza qualora, «mancando quel presupposto di particolare potere, [l'ordinamento] si attende ed impone atti che semplicemente "agevolino" l'impedimento; non aspettandosi dunque un intervento ugualmente incisivo»³⁵⁴.

Tale ricostruzione esegetica, che ritiene applicabile la clausola di equivalenza solo in presenza di un potere direttamente impeditivo, sarebbe necessitata dalla previsione nell'art. 40 cpv. c.p. di una "omissione-parificabile-all'azione", dunque di «un'omissione che esprima anche un'efficienza causale pari all'azione; e, perché ciò sia, evidentemente occorre che la salvezza del bene giuridico "dipenda" realmente dall'intervento dell'obbligato»³⁵⁵.

All'interno di tale corrente interpretativa si iscrive la posizione di Pisani³⁵⁶, che ha ulteriormente specificato i tratti che il potere tipico della posizione di garanzia deve possedere. Proprio con riferimento agli obblighi di impedimento dei sindaci, l'autore ha sostenuto che, affinché possa configurarsi una responsabilità *ex art. 40 cpv.*, è necessario che il potere abbia i tratti della potestà. Il carattere potestativo del potere importerebbe, da un canto, la capacità del garante di intervenire direttamente e con effetto vincolante sull'illecito *in itinere* e, dall'altro, la sottoposizione dei soggetti-organi autori di possibili reati ad «un potere di conformazione alieno che, pur non privandol[i] della [loro] sfera di autonomia ed indipendenza, l[i] assoggett[i] ad un controllo impeditivo»³⁵⁷.

³⁵³ Così A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., pp. 199-200.

³⁵⁴ *Ivi*, p. 200. Su una posizione analoga, F. Giunta, *Controllo e controllori*, cit., p. 608.

³⁵⁵ *Ibidem*. Peraltro la necessità che il garante avesse la piena signoria sull'evento e potesse intervenire persino prima che scaturisse il pericolo per il bene giuridico che ha l'obbligo di tutelare si veda G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 168 ss.

³⁵⁶ Tesi esposta in N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit., p. 67 ss.

³⁵⁷ Alla lettera, N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit., p. 71.

Collocando l'impostazione dogmatica nella dicotomia qui proposta, sarebbero rilevanti, dunque, solo i poteri direttamente impeditivi, che cioè attribuiscono in capo all'obbligato la possibilità di intervenire e, senza l'ausilio di altri soggetti, interrompere il reato *in itinere*. È consequenziale all'adesione a tale impostazione l'esclusione di un obbligo di impedire reati commessi nell'esercizio dell'impresa in capo tanto ai sindaci, quanto agli amministratori privi di deleghe³⁵⁸, mancando di poteri direttamente impeditivi.

Pur riconoscendo la distinzione tra posizione di garanzia e di sorveglianza, ed ulteriormente specificando le diverse forme di responsabilità omissiva in obblighi di agire, di sorveglianza e di garanzia³⁵⁹, le prospettazioni teoriche di Mantovani³⁶⁰ e Leoncini³⁶¹ si distinguono in maniera significativa in punto di poteri impeditivi da quelle appena esposte.

Infatti, pur affermando che vi può essere equivalenza tra azione ed omissione solo ove il garante abbia poteri che gli consentano «un intervento risolutivo e diretto (sul piano astratto) sulla situazione di

³⁵⁸ Per tale obbligata conseguenza della tipicità esclusiva delle condotte direttamente impeditive si vedano gli autori già citati *supra*, alla nota 297.

³⁵⁹ Compendiando massimamente tale impostazione, ripercorrendo lo scritto di F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., si distinguono: «l'obbligo di garanzia può essere definito come l'obbligo giuridico, che grava su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti dagli adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di adeguatamente proteggerli. (...) Solo l'obbligo impeditivo, ricostruito nei suddetti termini, legittima l'equiparazione (...) del non impedire al causare: della causalità omissiva alla causalità attiva» (così p. 341).

L'obbligo di garanzia si distingue da quello di sorveglianza giacché quest'ultimo grava «su specifiche categorie di soggetti privi di poteri giuridici impeditivi», imponendo di vigilare su altrui attività per conoscere dell'eventuale commissione di fatti offensivi e di informare il titolare o il garante del bene» (p. 342). I poteri attribuiti a chi ha un tale obbligo «non [sono] impeditivi, ma di mera vigilanza e di informazione sulla situazione di pericolo, spettando solo al titolare del bene o al garante, informati dal sorvegliante, i poteri di intervento impeditivi» (p. 343).

Infine, residua «il mero obbligo di attivarsi, che comprende, per esclusione, ogni obbligo giuridico di agire per la tutela di certi beni, imposto a soggetti, privi di poteri giuridici impeditivi e di sorveglianza, dalla norma incriminatrice al verificarsi del presupposto di fatto, dalla stessa indicato» (p. 343).

³⁶⁰ F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., pp.343 ss.; Id., *Causalità*, cit., pp. 997 ss.; Id. *Manuale*, cit., pp. 163 ss.

³⁶¹ I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., *passim*.

pericolo per il bene tutelato»³⁶², nella declinazione del concetto di “intervento risolutivo” gli autori non si riferiscono a nozioni quali “potestà” o, comunque, poteri direttamente impeditivi. Si specifica, invero, che «con l’espressione “intervento risolutivo e diretto” del garante non si vuole fare necessariamente riferimento alla capacità materiale di impedire l’evento, che può anche mancare, bensì di poteri giuridici, decisionali e di iniziativa sulla situazione di pericolo, esclusivi del garante»³⁶³. Prosegue ulteriormente l’autrice, specificando che i poteri giuridici sussistono anche nel caso in cui il garante sia costretto a ricorrere all’intervento di terzi per rimuovere *in concreto* il pericolo, che minaccia il bene tutelato»³⁶⁴.

Così descritto il concetto di potere impeditivo, che finisce per inglobare anche l’attivazione dell’intervento di un terzo, pare assottigliarsi (se non addirittura svanire), la distinzione tra obblighi di garanzia e di sorveglianza, giacché si ammette l’esistenza di una posizione di garanzia in mancanza di poteri direttamente impeditivi.

L’impostazione che ritiene tipici esclusivamente i poteri direttamente impeditivi, senz’altro apprezzabile per gli intenti garantisti che la sorreggono, è stata sottoposta a critiche senz’altro condivisibili.

In primo luogo, l’impostazione avversata, non distinguendo tra i piani della fattispecie astratta e di quella concreta, finisce per confondere tra individuazione della condotta e accertamento della causalità³⁶⁵. In altre parole, si anticipa al momento dell’individuazione del precetto il giudizio sulla causalità cui si deve procedere, logicamente, in un momento successivo.

Inoltre, anche valutando l’impostazione sul piano suo proprio (cioè l’accertamento della causalità), non convince l’idea che il potere debba necessariamente essere direttamente impeditivo, per rendere

³⁶² *Ivi*, p. 77.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ Confronta in particolare A. Nisco, *Controlli sul mercato*, cit., p. 198.

equivalente la condotta omissiva a quella commissiva. Infatti, in punto di nesso eziologico, la teoria della *condicio sine qua non*³⁶⁶ richiede, tanto in relazione all'accertamento omissivo quanto a quello commissivo del nesso causale, che l'azione (in senso ampio) sia causa necessaria, anche se non sufficiente, dell'evento. Ritenere penalmente rilevanti solo i poteri che già *ex ante* e di per loro paiano certamente risolutivi, equivarrebbe a richiedere che la condotta omessa costituisca non solo causa necessaria, ma anche sufficiente dell'evento³⁶⁷.

Più corretta pare, dunque, la definizione dei poteri impeditivi come «quei poteri giuridici che possono astrattamente (secondo un modello di causalità generale) impedire, agendo su una o più fasi del processo di realizzazione del reato, il verificarsi dell'illecito da parte del soggetto sottoposto al controllo»³⁶⁸.

Alla concezione dei poteri di sindaci e amministratori come poteri non direttamente impeditivi accede anche la giurisprudenza di legittimità, il cui insegnamento consolidato è nel senso che tali poteri «possono anche concretizzarsi in obblighi diversi (per es. di natura sollecitatoria), e di minore efficacia, rispetto a quelli direttamente e specificamente diretti ad impedire il verificarsi dell'evento»³⁶⁹.

A fronte della posizione assunta dalla Cassazione, assume grande interesse quanto affermato, pur in un *obiter dictum*, in una recente decisione del giudice di legittimità³⁷⁰, ove si legge: «se sono da intendere solidalmente responsabili, al pari di chi abbia cagionato un evento, coloro che "non hanno fatto quanto potevano" per impedirlo, occorre che i poteri [impeditivi] siano ben *determinati*, ed il loro esercizio

³⁶⁶ Sul punto, pur con impostazioni diverse, si vedano i contributi, F. Stella, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1217 ss., nonché M. Donini, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 494 ss.

³⁶⁷ Tale prospettazione si rinviene in F. Stella-D. Pulitanò, *La responsabilità dei sindaci*, cit., pp. 562-563.

³⁶⁸ In questi termini, F. Centonze, *Controlli societari*, cit. p. 169.

³⁶⁹ In questi termini Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, cit. Conforme a tale orientamento Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, cit.

³⁷⁰ Si tratta di in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2013.

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»³⁷¹. La Suprema Corte parrebbe prospettare, pur *en passant*, un'interpretazione estremamente garantista dei poteri, che dovrebbero essere non solo *specificamente previsti dal legislatore*, ma anche *direttamente impeditivi*. Tale affermazione appare come un punto di rottura rispetto al diritto vivente sviluppatosi in seno alla Cassazione e un richiamo ad un maggior rigore nella ricostruzione del precetto di cui sono destinatari i controllori societari, *in primis*, ma non esclusivamente, al legislatore.

4. Il problema della prova del nesso causale nella giurisprudenza di legittimità

Ammessa la rilevanza penalistica anche dei poteri indirettamente impeditivi, l'accertamento del nesso causale³⁷² diventa decisivo baluardo per le garanzie dell'imputato: quanto più si riconosce rilevanza a poteri che possono solo attivare il processo che conduce all'impedimento del reato *in itinere* attraverso l'intervento di altri soggetti, tanto più sarà arduo l'accertamento del nesso causale e maggiori per la giurisprudenza le tentazioni di ricorrere a scorciatoie probatorie.

³⁷¹ In questi termini Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit., corsivi aggiunti.

³⁷² Per l'economia del discorso non si potranno qui analizzare tutti i diversi modelli di accertamento della causalità omissiva, ma ci si limiterà ad un'analisi della giurisprudenza. In ogni caso, per una ricostruzione del nesso causale omissivo si vedano, tra gli altri e senza pretesa di completezza, R. Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, pp. 249 ss.; O. Di Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 634 ss.; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 32 ss.; C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione*, cit., pp. 821 ss.; F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale: il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975; Id., *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003; Id., *Il giudice corpuscolariano: la cultura delle prove*, Milano, 2005; F. Viganò, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1679 ss.

Proprio l'uso di scorciatoie probatorie caratterizza la giurisprudenza sull'accertamento del nesso eziologico in materia di concorso negativo nel reato economico altrui, rendendo tale paradigma un sottosistema imputativo con regole proprie, difformi da quelle individuate dalla giurisprudenza nel suo massimo consesso in punto di accertamento della causalità nell'omissione.

Una prima criticità è data dal fatto che parte della giurisprudenza di merito addiviene ad affermazioni di responsabilità per il garante che non ha impedito l'evento, non individuando nemmeno i poteri che l'amministratore o il sindaco imputato avrebbero dovuto attivare per fermare l'*illecito in itinere*. Senonché la prova del nesso eziologico tra la condotta omissiva concorsuale e l'evento-reato verificatosi non può prescindere dalla previa puntualizzazione del potere che, in ipotesi accusatoria, se attivato, avrebbe scongiurato il verificarsi dell'evento. Tale stortura è corretta dalla Suprema Corte³⁷³, che annulla le sentenze di condanna qualora, nelle decisioni d'appello ricorse, «non [sia] stato indicato con precisione quale comportamento concreto avrebbero dovuto adottare i [garanti] per impedire agli amministratori di commettere i fatti illeciti loro contestati»³⁷⁴.

Una volta individuata la condotta, che il garante avrebbe dovuto tenere, il vero *punctum dolens* è, però, l'accertamento in senso stretto del nesso causale tra omissione ed evento.

Come ampiamente noto, con la sentenza Franzese³⁷⁵ la Suprema Corte ha affermato che «il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale, condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica -, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata (...) la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca

³⁷³ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, cit.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ Si tratta di Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, cit. Per un commento si vedano gli autori già citati alla nota 190.

significativamente posteriore o con minore intensità lesiva»³⁷⁶. Il giudizio di responsabilità sarà possibile solo «ove risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva (...) è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"»³⁷⁷.

La giurisprudenza in tema di concorso negativo nel reato economico altrui assume posizioni apertamente in contrasto con l'insegnamento della citata Franzese.

L'orientamento maggioritario tende ad obliterare completamente l'accertamento del nesso causale omissivo, giungendo alla conclusione che «non è indispensabile (né possibile) conoscere con certezza "scientifica" (non trattandosi di un esperimento ripetibile) se - attivandosi il [sindaco] e, con lui, il collegio - l'evento (quegli eventi) sarebbe stato sicuramente evitato nella sua realizzazione o, almeno, in alcune modalità della sua realizzazione, ma tale è il presupposto dal quale il legislatore muove», tanto che potrebbe parlarsi di «nesso eziologico *in re ipsa*»³⁷⁸.

Così ragionando, però, si perviene ad una *modificazione genetica della fattispecie*, che muta da reato omissivo improprio ad omissivo proprio, privo di descrizione dell'azione doverosa, in cui il reato altrui assume la fisionomia non di evento, ma di condizione obiettiva di punibilità.

Segnatamente, se si considera l'impostazione adottata dalla giurisprudenza in materia di poteri, per cui sono assunti come tipici anche poteri indirettamente impeditivi e innominati, l'imputazione finisce per reggersi solo sull'esistenza del dovere giuridico di impedire il reato e sulla verifica dell'evento, sparendo completamente la condotta. Infatti, i poteri, in quanto innominati e non direttamente impeditivi, dovrebbero essere selezionati in concreto dal nesso causale; se quest'ultimo, però, è *in re ipsa*, costituendo il presupposto da cui il

³⁷⁶ Alla lettera, Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, cit.

³⁷⁷ Così, *Ibidem*.

³⁷⁸ In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2011, n. 31163, cit. Un percorso argomentativo non difforme si rinviene in Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, cit.

legislatore principia con l'attribuzione del ruolo di garante, manca completamente un criterio di selezione della condotta attesa dall'ordinamento.

Inutile sottolineare come tale impostazione violi i principi di legalità, in tutti i suoi corollari, e di personalità della responsabilità penale, tanto è evidente «il rischio di un addebito di responsabilità per fatto altrui»³⁷⁹.

Un orientamento più recente³⁸⁰, pur non obliterando completamente l'accertamento del nesso causale, ritiene sufficiente, ai fini della sua integrazione, che la condotta impeditiva, ove tenuta, avrebbe evitato l'evento con «apprezzabile grado di probabilità»³⁸¹. Si tratta di un apprezzabile passo avanti verso il modello proposto dalle Sezioni unite, ma pur sempre di una forma più flessibile di accertamento, comunque incompatibile con i fondamentali principi di legalità e personalità della responsabilità penale³⁸².

Orbene, pare di intravedersi nelle decisioni più sopra citate in materia di concorso negativo nell'altrui reato economico le stesse incertezze e la stessa frammentarietà di posizioni che era possibile riscontrare nella giurisprudenza in tema di responsabilità medica precedente proprio alla sentenza Franzese³⁸³: vi è, infatti, un orientamento che volatilizza completamente il nesso causale, altro che flessibilizza il canone di prova, mancando, invece, ad oggi quell'approccio rigoroso, modellato sull'insegnamento delle Sezioni

³⁷⁹ In questi termini. F. Centonze, *Il problema della responsabilità*, cit., p. 339 e, *amplius*, Id., *Controlli societari*, cit., pp. 196 e ss., nonché A. Nisco, *Controlli sul mercato*, cit., p. 306.

³⁸⁰ Si veda Cass. pen., Sez. V, 19 ottobre 2010, n. 41136, in *Leggi d'Italia*, che richiede per la prova dell'esistenza del nesso causale che l'amministratore non esecutivo avesse «la concreta possibilità di intervenire per impedire l'evento dannoso», nonché di Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit.

³⁸¹ È l'insegnamento di Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit.

³⁸² Si veda per la stretta interrelazione tra i principi di legalità e personalità della responsabilità penale e accertamento della causalità omissiva, C.F. Grosso, *I principi di legalità e personalità della responsabilità penale e la causalità omissiva*, in C. De Maglie-S. Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, pp. 113 ss.

³⁸³ Per un quadro sul punto si vedano F. D'Alessandro, *Commento sub art. 40*, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, pp. 426-427.

unite, che dovrebbe tuttavia essere adottato anche in relazione all'omesso impedimento da parte di sindaci e amministratori dell'illecito societario o fallimentare, realizzato nell'ambito dell'attività dell'ente al cui controllo sono preposti.

Non sfugge la difficoltà di offrire la prova che l'omissione dell'amministratore privo di deleghe o del sindaco sia «stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"»; nondimeno, non vi è ragione per cui nell'accertamento della responsabilità per omesso impedimento del reato economico altrui si debba utilizzare un criterio di giudizio diverso da quello individuato dal citato arresto delle Sezioni Unite che, «nonostante l'oggettiva volatilità della materia, ha cercato di salvaguardare i principi cardine della tassatività e della personalità della responsabilità penale»³⁸⁴.

Diversamente, rinunciare al rigoroso accertamento del nesso causale, unitamente alla scelta (solo in parte condivisibile) compiuta dalla giurisprudenza di ritenere tipici anche i poteri innominati e indirettamente impeditivi, non solo rischia di dar luogo ad una responsabilità da posizione e di porre, perciò, plurime criticità in relazione al principio di legalità³⁸⁵, ma, per di più, non massimizzerebbe nemmeno le esigenze di prevenzione generale: l'esito indesiderato, affacciato da Pedrazzi³⁸⁶, è la fuga dall'assunzione della carica delle persone più avvedute, divenendo troppo alto il rischio di una responsabilizzazione penale³⁸⁷.

³⁸⁴ Alla lettera, C.F. Grosso, *I principi di legalità*, cit., p. 137.

³⁸⁵ Per un quadro delle frizioni che la rinuncia al paradigma condizionalistico pone con il principio di legalità si veda *ex pluribus* M. Donini, *La causalità omissiva*, cit., *passim*.

³⁸⁶ C. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., p. 140.

³⁸⁷ Sulla diffusione del rischio penale e sulla normalizzazione degli autori si vedano, F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, *passim*; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 234 ss.

5. I poteri (nominati ed impeditivi) attribuiti agli amministratori

Per concludere il quadro sui poteri impeditivi pare utile, da un canto, indicare quali siano i poteri di amministratori e sindaci che, essendo al contempo nominati ed impeditivi (anche indirettamente), si assume debbano essere tenuti dai controllori societari e possano divenire oggetto del giudizio sulla sussistenza del nesso causale, nonché dall'altro, saggiarne le capacità concrete di interrompere l'illecito *in itinere*.

Quanto agli amministratori possono individuarsi due tipologie di interventi tipici ed impeditivi (anche indirettamente)³⁸⁸.

(i) Ad un primo tipo possono iscriversi tutte le attività connesse alla partecipazione del singolo amministratore al consiglio (*poteri dissuasivi*). Come è stato correttamente rilevato, il consigliere «può (e quindi *deve*) spendersi in consiglio per impedire l'adozione di una delibera che possa integrare una fattispecie di reato, far annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio e darne immediata notizia al presidente del collegio sindacale»³⁸⁹.

In tale ipotesi, in tanto l'attività potrà avere efficacia, in quanto il reato non sia stato consumato con la delibera stessa o persino prima, nel caso in cui questa si limiti a ratificare un'operazione già compiuta dai delegati. Inoltre, nessun potere impeditivo potrebbe avere un'attività volta a dissuadere il *plenum* dall'adottare la delibera, ove la maggioranza dei consiglieri sia perfettamente a conoscenza dell'illecito *in itinere* e partecipi, persino, al *pactum sceleris*. Con una qualche approssimazione, si può immaginare, dunque, il potere come efficace ove gli amministratori infedeli costituiscano una minoranza del consiglio e sia possibile interrompere l'*iter criminis* attraverso una delibera collegiale.

³⁸⁸ Per un'analisi puntuale dei poteri degli amministratori, visti per i loro risvolti penalistici, P. Chiaraviglio, *La responsabilità dell'amministratore*, cit., pp. 890 ss.

³⁸⁹ Proprio così F. Centonze, *Controlli societari*, cit., p. 195.

Sempre guardando ai poteri connessi alla partecipazione ai consigli, ciascun membro deve e può, inoltre, richiedere l'avocazione al *plenum* delle operazioni delegate ad uno degli amministratori o la revoca della delega stessa, ove, proprio attraverso il suo esercizio, si stia realizzando l'illecito. In concreto tale potere potrà impedire il reato fin tanto che l'amministratore non venga messo in minoranza dagli altri consiglieri correi del delegato e l'illecito non sia già stato consumato prima della riunione consiliare.

(ii) Più penetrante la seconda categoria di poteri, cui si riconducono i *poteri di impugnazione*, previsti dagli artt. 2388 c.c. e 2391 c.c.

Il potere attribuito ai singoli amministratori dall'art. 2388 c.c.³⁹⁰ consente ai consiglieri assenti o dissenzienti di impugnare le delibere in contrasto con la legge o lo statuto. Nuovamente, in tanto l'impugnazione sarà utilmente esperibile sotto un profilo penalistico, in quanto il reato non sia già consumato. In questa ipotesi, per accertare *ex post* la sussistenza del nesso causale, bisognerà verificare in concreto le *chance* che l'impugnazione avrebbe avuto di essere accolta, se esercitata, e di portare a provvedimenti giudiziali idonei a scongiurare l'illecito prima della sua piena realizzazione.

Discorso in tutto analogo a quello appena svolto vale per il poterdovere previsto dall'art. 2391 c.c. di impugnare le delibere assunte con il voto decisivo dell'amministratore in conflitto di interessi o che non abbia dato notizia al consiglio della natura, dei termini, dell'origine e della portata del conflitto stesso. Anche in questo caso è possibile riconoscere in concreto idoneità impeditiva all'impugnazione solo ove il reato non sia già consumato e sia possibile dimostrare che nel caso di specie il Tribunale avrebbe emesso in tempo utile un provvedimento capace di impedire l'illecito.

Non pare, invece, che l'amministratore sia tenuto, sul piano strettamente penalistico, a richiedere in via informale al P.M., competente per le sole società che fanno ricorso al capitale di rischio, di

³⁹⁰ Ritiene assolutamente centrale tale potere G. Grasso, *Il reato omissivo*, cit., p. 330.

procedere alla denuncia al Tribunale del “sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate” *ex art. 2409 c.c.*

Il procedimento che scaturisce dalla denuncia al Tribunale è particolarmente invasivo per la società che lo subisce: infatti, il giudice può ordinare l’ispezione dell’amministrazione e, in caso di riscontrate irregolarità, può convocare l’assemblea o, persino, revocare amministratori e sindaci e nominare un amministratore giudiziario. Dunque, si tratterebbe di un potere particolarmente efficace sul piano impeditivo.

Nondimeno, va sottolineato che tra i soggetti attivi, che possono procedere alla denuncia di cui all’art. 2409 c.c., non sono annoverati gli amministratori, né come singoli né come consiglio: ragioni di coerenza, con la limitazione alla rilevanza penalistica dei soli poteri nominati, impongono di escludere la facoltà di sollecitare il P.M. ad agire tra i poteri la cui mancata attivazione può dar luogo ad una responsabilità per omissione impropria³⁹¹. In effetti, un conto sono i poteri di sollecitazione del consiglio di amministrazione, organo cui l’amministratore partecipa e su cui deve incidere nella formazione delle decisioni, altro è il coinvolgimento di un Pubblico Ministero che può attivare un procedimento particolarmente invasivo per l’ente e che, riferendosi peraltro a società quotate o ad azionariato diffuso, può incidere pesantemente sul corso del titolo, esercitando di fatto un potere che la legge non gli ha attribuito.

Non può sottovalutarsi sul punto che, richiedendo poteri esorbitanti le funzioni, si rischia di riscrivere in sede penale le scelte di *corporate governance* e il bilanciamento di attribuzioni e competenze tra organi societari, compiuti dal legislatore.

³⁹¹ *Contra*, tra gli altri, F. Centonze, *Controlli societari*, cit., p. 195-196 e P. Chiaraviglio, *La responsabilità dell’amministratore*, cit., pp. 891-892.

6. Le condotte tipiche di concorso negativo dei sindaci nel reato degli amministratori

Assai limitati sono i poteri dei sindaci³⁹², specie se si guarda alle possibilità di impedimento attribuite ai singoli membri.

In effetti, a fronte di molteplici strumenti idonei a consentire la conoscenza degli illeciti, essendo il collegio uno snodo centrale del sistema di flussi informativi³⁹³ e potendo i singoli membri procedere ad ispezioni e controlli *ex art. 2403 bis*, la maggior parte dei poteri attribuiti per lo svolgimento della funzione sindacale spettano al collegio e non appaiono particolarmente incisivi sull'attività degli amministratori.

A titolo esemplificativo, si consideri che le impugnazioni di cui agli artt. 2388 e 2391 c.c., attribuite ai singoli consiglieri, possono essere attivate solo dal collegio sindacale nel suo complesso. Indi, anche ammettendo che tra gli obblighi di ciascun sindaco³⁹⁴ vi sia quello di richiedere al collegio di procedere all'impugnazione di una delibera assunta in conflitto d'interessi o in contrasto con la legge, il decorso causale si arricchisce di un ulteriore anello: sarà necessario provare che il sindaco, attivandosi, avrebbe convinto il collegio ad impugnare la delibera e che il Tribunale avrebbe accolto il ricorso, provvedendo in tempo utile per impedire la consumazione dell'illecito degli amministratori. Pare grandemente difficoltosa la prova che, la mancata richiesta al collegio sindacale di impugnare una delibera, possa

³⁹² Per un'ampia analisi dei poteri attribuiti ai sindaci sotto il profilo della loro capacità impeditiva si vedano, N. Pisani, *Controllo sindacale*, cit., pp. 141 ss., e F. Centonze, *Controlli societari*, cit., pp. 270 ss.

³⁹³ Così F. Centonze, *Controlli sindacali*, cit., p. 254.

³⁹⁴ Non è mancato, infatti, in dottrina chi ha ritenuto che poiché il potere impeditivo non è del singolo ma collegiale, i doveri di sollecitazione che il singolo ha verso il collegio non potrebbero integrare la condotta tipica di concorso negativo. Sul punto N. Pisani, *Controlli sindacali*, cit., p. 167 e F. Centonze, *Controlli societari*, cit., p. 272. *Contra*, invece, nel senso della rilevanza penalistica anche dei poteri da esercitare tramite attivazione del collegio, C. Paonessa, *Obbligo di impedire*, cit., p. 669.

considerarsi «condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"»³⁹⁵.

Vi sono poi i poteri, sempre collegiali, di convocare l'assemblea dei soci, surrogandosi al consiglio di amministrazione in caso di omissione o ingiustificato ritardo, oppure al fine di informare l'assemblea "dei fatti censurabili di rilevante gravità", ove vi sia un'urgente necessità di provvedere (art. 2406 c.c.). Nuovamente estremamente complessa appare la prova del nesso causale che principia dall'inerzia del sindaco nell'attivare il collegio per decidere sulla convocazione dell'assemblea, per giungere all'impedimento del reato mediante il contributo attivo dell'assemblea stessa. Più significativo è, invece, tale potere nelle società quotate in cui ciascun sindaco può convocare il consiglio di amministrazione e due membri del collegio possono riunire l'assemblea dei soci (art. 151, comma II, TUF).

Sempre nelle sole società quotate l'art. 149 TUF obbliga il collegio sindacale a comunicare "alla CONSOB le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza e [a] trasmette[re] i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione". L'organo di controllo sulla borsa e sulle società ha significativi poteri³⁹⁶, ma può essere attivato solo da una delibera adottata a maggioranza dal collegio e non dal singolo sindaco, con tutte le conseguenze in punto di accertamento del nesso eziologico che ciò comporta.

Il penetrante potere di denuncia al Tribunale è attribuito al collegio sindacale (differentemente da quanto visto in relazione al consiglio di amministrazione cui è preclusa tale procedura): ancora una volta, però, il potere direttamente impeditivo è attribuito ad un soggetto (il Tribunale) che il sindaco può attivare solo passando da un organo ulteriore (il collegio sindacale), con tutti i problemi di prova del nesso causale che scaturiscono dal dare cittadinanza penale ad un tale potere.

³⁹⁵ Secondo l'insegnamento della sentenza Franzese (Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, cit.).

³⁹⁶ Per un'ampia trattazione si veda F. D'Alessandro, *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario e diritto penale*, Milano, 2012, pp. 213 e ss., nonché P. Stella, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008, *passim*.

Né vale obiettare che nelle società quotate il singolo sindaco potrebbe rivolgersi informalmente al P.M., sollecitando l'avvio del procedimento: si tratterebbe di un potere innominato e per tale ragione estraneo alla tipicità penale per le ragioni già esposte³⁹⁷.

Infine, la partecipazione doverosa del sindaco alle assemblee dei soci e ai consigli di amministrazione può rivelarsi foriera di attività, compiute dal singolo, idonee a dissuadere gli amministratori o i soci dall'assumere deliberazioni illecite. In effetti, pur non essendo previsto *apertis verbis* dagli artt. 2405 c.c. e 149 TUF il dovere del sindaco di prendere la parola nelle adunanze, ma solo di presenziare, tale obbligo si ricava dalla funzione stessa delle previsioni, giacché «non avrebbe senso prescrivere che i sindaci assistano “muti” alle riunioni dei detti organi, per poi valutare separatamente in apposita propria riunione collegiale le decisioni già adottate ed esprimere *a posteriori* l'eventuale proprio dissenso»³⁹⁸. D'altro canto, come rilevato da Pedrazzi, se si considera che gli amministratori sono espressione della maggioranza assembleare (quando non personalmente soci di maggioranza), può presumersi che la gestione, anche ove si connoti come illecita, sia svolta nell'interesse dei soci stessi: dunque, «a posteriori è ben difficile poter asserire con il dovuto grado di probabilità che l'assemblea, se tempestivamente informata, avrebbe adottato adeguate misure impeditive»³⁹⁹ dei reati *in itinere*.

In definitiva, molto ardua pare la prova della capacità impeditiva dei poteri attribuiti al sindaco e non esercitati nella situazione concreta. Il rischio è che, pur di addivenire, per mal celate esigenze di politica criminale, alla responsabilizzazione penale dei controllori societari, si rinunci *tout court* all'accertamento della causalità omissiva, accontentandosi della mera inerzia del garante e della verifica

³⁹⁷ *Contra*, F. Centonze, *Controlli societari*, cit., p. 287.

³⁹⁸ Così S. Fortunato, *Doveri e poteri del collegio sindacale nelle società quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 52, richiamato anche da F. Centonze, *Controlli societari*, cit., p. 281, nt. 167.

³⁹⁹ Così Pedrazzi in C. Pedrazzi-F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. Pedrazzi, *Diritto penale*, vol. III, Milano, 2003, p. 741.

dell'evento, oppure, soluzione egualmente esiziale, si pervenga (solo asseritamente) alla dimostrazione del nesso eziologico, attraverso la costruzione giudiziale di massime d'esperienza, di volta in volta ritagliate sul caso *sub iudice*⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Si veda in argomento la puntuale ricostruzione di G. Insolera, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 826 ss.

CAPITOLO VII

LA FUNZIONE SELETTIVA DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO DOLOSO: DAL DOLO ALLA COLPA E RITORNO

SOMMARIO: 1. Introduzione: le tentazioni di “rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo”. – 2. L'equivalenza tra conoscenza e conoscibilità e la scomparsa della volizione: il “tramonto del dolo”. – 3. Il primo passo verso il ritorno al dolo: la concreta percezione di segnali perspicui e peculiari nella decisione Bipop Carire. – 4. Il dolo dei controllori come conoscenza e volontà del reato economico altrui nella decisione c.d. Credito Commerciale Tirreno.

1. Introduzione: le tentazioni di “rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo”

Nel 1957 Crespi, uno degli autori che sarà più critico con le derive giurisprudenziali in punto di accertamento del dolo in capo ai sindaci e agli amministratori non esecutivi⁴⁰¹, scriveva, proprio in relazione al concorso negativo dei consiglieri privi di delega nei reati societari e fallimentari, che «richiedere per la punibilità del fatto la prova del dolo, pretendere cioè che l'amministratore si sia rappresentato l'azione comandata ed abbia deliberatamente rifiutato di compierla, non ci sembra davvero *politicamente opportuno*, perché ciò significherebbe lasciarlo, nella maggior parte dei casi, impunito. (...) a legittimare la condanna basta, quindi, l'accertamento dell'omissione, quante volte l'amministratore colpevole non abbia dato la prova di un legittimo impedimento o di altra valida giustificazione»⁴⁰².

La strategia patrocinata da Crespi nel risalente scritto, per «sperare di non vedere definitivamente frustrato, sul terreno pratico, quel comando che la legge ha rivolto agli amministratori delle società per

⁴⁰¹ Basti per tutto leggere le critiche assai dure esposte nei confronti delle decisioni relative al *crac* del Banco Ambrosiano in A. Crespi, *La giustizia penale*, cit., pp. 34 ss.

⁴⁰² Così A. Crespi, *Reato plurisoggettivo*, cit., p. 104.

azioni affinché vigilino per davvero»⁴⁰³, è presto detta: «si presume la sussistenza del dolo anche dove evidentemente non c'è stata che colpa»⁴⁰⁴.

Proprio le ragioni per così dire funzionalistiche addotte dal “primo” Crespi, illustrano le motivazioni profonde della “caduta in tentazione” giurisprudenziale di «rivestire la colpa delle mentite spoglie del dolo»⁴⁰⁵, da quando, a partire dagli anni '80, si è trovata a decidere sulle responsabilità penali di amministratori e sindaci in relazione a grossi scandali finanziari, su tutti il *default* del Banco Ambrosiano, che avevano acceso e nutrito nella collettività l'attesa di risposte penalistiche.

Per addivenire ad una responsabilizzazione diffusa di coloro che “*habent oculos et non vident, habent aures et non sentiunt*”⁴⁰⁶ nei reati dolosi non impediti, la giurisprudenza è ricorsa a semplificazioni probatorie: il nesso causale omissivo si è volatilizzato⁴⁰⁷ e la descrizione e l'accertamento disinvolti dell'elemento volontaristico, pur eventuale, lo hanno tramutato in «eventualità di dolo»⁴⁰⁸.

È bene notare come si sia trattato di un cambio di paradigma imputativo epocale⁴⁰⁹: fino agli anni '70 del secolo scorso, infatti, gli organi inquirenti muovevano da una netta distinzione tra «coloro che avessero effettivamente gestito gli affari sociali e quanti ne fossero rimasti estranei»⁴¹⁰, dirigendo le indagini e i rimproveri penali verso i primi soltanto, ovvero gli amministratori delegati, i dirigenti e i loro più stretti collaboratori.

⁴⁰³ *Ivi*, p. 105.

⁴⁰⁴ *Ivi*, p. 104.

⁴⁰⁵ Secondo l'icastica espressione di C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, cit., p. 1265

⁴⁰⁶ Il paragone tra gli idolo biblici e i controlli societari inerti (segnatamente i sindaci) si deve a U. Pipia, *Società anonima*, in *Dig. it.*, XXI, Torino, 1903-1906, p. 444 ed è stato di recente ricordato da F. Centonze, *Controlli societari*, cit., p. 233.

⁴⁰⁷ Sul punto si rinvia all'analisi compiuta *supra*, cap. VI, par. 1 e a quella che verrà svolta *infra* nei paragrafi successivi.

⁴⁰⁸ Alla lettera F.M. Iacoviello, *Il falso in bilancio*, cit., p. 3161.

⁴⁰⁹ Su tale modifica dell'impostazione accusatoria si veda F. Crespi, *La giustizia penale*, cit., pp. 50 ss.

⁴¹⁰ *Ivi*, p. 50.

Avverso la flessibilizzazione e la normativizzazione⁴¹¹ del dolo eventuale⁴¹², compiute dalla giurisprudenza, si è schierata la dottrina unanime⁴¹³, rilevando le evidenti aporie dell'impostazione adottata dalle Corti, creatrice di un vero e proprio "dolo di posizione"⁴¹⁴.

Le critiche degli studiosi sembrano aver fatto breccia, lentamente e per gradi, nella giurisprudenza che, nelle decisioni più recenti, pare aver ridato concretezza all'oggetto e all'accertamento del dolo in capo ai controllori societari.

Si ritiene, dunque, proficuo, per illustrare lo stato dell'arte dell'imputazione dolosa per concorso negativo nel reato economico altrui, ripercorrere l'evoluzione esegetica compiuta dalla giurisprudenza nell'individuazione dell'oggetto e dei criteri di accertamento del dolo di amministratori e sindaci, distinguendo tra tre paradigmi.

⁴¹¹ Tali aspetti sono già stati introdotti *supra*, cap. IV, par.

⁴¹² Non è compatibile con l'economia del presente lavoro una trattazione del dolo eventuale in sé considerato, per la cui analisi si rinvia, anche con riferimento alla bibliografia citata da ciascuna opera, senza pretese di completezza, a S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999; G.P. Demuro, *Il dolo*, cit., *passim*; M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 21 febbraio 2014; L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993; S. Prosdocimi, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993. Per un'ampia trattazione delle posizioni assunte dalla giurisprudenza sull'oggetto e sull'accertamento del dolo si veda A. Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica. Analisi e critica della giurisprudenza in materia*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2013.

⁴¹³ Solo per citare gli scritti principali, critici nei confronti dell'impostazione giurisprudenziale, possono richiamarsi, F. Centonze, *Controlli societari*, cit., pp. 215-226, 310-314 e *passim*; Id., *Il problema della responsabilità*, cit., pp. 323 ss.; G.P. Demuro, *Il dolo*, cit., pp. 366; M. Pierdonati, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012, *passim*; Id., *Crisi dell'impresa*, cit., pp. 981 ss.; D. Pulitanò, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Soc.*, 2008, pp. 902 ss.; Id., *I Confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 35 ss.; F. Stella-D. Pulitanò, *La responsabilità dei sindaci*, cit., pp. 569 ss.;

⁴¹⁴ Sul punto, Così C.E. Paliero, *La fabbrica*, p. 503, e G.P. Demuro, *Il dolo*, cit., pp. 366 ss.

2. L'equivalenza tra conoscenza e conoscibilità e la scomparsa della volizione: il "tramonto del dolo"

Un primo paradigma di ascrizione dei fatti dolosi ai controllori si accontenta, per addivenire ad un giudizio di responsabilità, quanto all'elemento soggettivo, della mera conoscibilità dell'illecito *in itinere*, spingendosi fino ad attribuire all'imputato l'onere di provare l'assenza del dolo.

È con la sentenza di primo grado, per i fatti di bancarotta connessi al dissesto del Banco Ambrosiano⁴¹⁵, che si realizza *apertis verbis* l'equiparazione tra conoscenza effettiva dei reati di cui è doveroso l'impedimento (necessaria tanto per integrare il momento rappresentativo del dolo che della colpa con previsione) e la mera conoscibilità.

Il giudice ambrosiano prende l'abbrivio da una serie di indici (c.d. segnali d'allarme) che, a parere della Corte, avrebbero dovuto allertare anche il più sprovveduto degli amministratori sulla realizzazione di una pluralità di condotte di bancarotta fraudolenta. Segnatamente, il giudice di prime cure identifica nell'arresto di Calvi, *dominus* dell'ente, nelle verifiche di Banca d'Italia e nella generale crisi gestionale, altrettanti inequivoci *markers* dell'illecito.

A fronte di tali segnali, rileva il Tribunale, «la ferma determinazione a porsi in una situazione idonea a non percepire e valorizzare il significato dell'indicatore d'allarme, equivarrebbe a non concretamente attivarsi – percepito il segnale – per evitare il pregiudizio del patrimonio sociale o ridurne le conseguenze in puntuale adempimento degli obblighi previsti»⁴¹⁶.

Si evidenzia, dunque, un'identità tra l'effettiva percezione dei segnali d'allarme e la mancata comprensione, causata da un atteggiamento negligente, di quegli stessi indicatori di crisi; in altre

⁴¹⁵ Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi e altri, cit.

⁴¹⁶ Così, Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi e altri, cit., p. 1489.

parole, si equipara la rappresentazione del reato *in itinere* con la mera possibilità di raffigurazione attraverso un contegno diligente.

Data la (doverosa) rappresentazione di una gestione illecita della banca, l'inerzia costante dei controllori societari manifesterebbe l'accettazione del rischio che tali reati vengano consumati.

Il percorso argomentativo di tale decisione viene avallato dal giudice del gravame⁴¹⁷ e dalla Suprema Corte⁴¹⁸ e diviene un *topos* ricorrente delle sentenze in punto di prova del dolo in capo ad amministratori e sindaci: in seguito, è costante, infatti, anche nella giurisprudenza di legittimità, l'equiparazione tra la conoscibilità, fondata sull'esistenza di segnali d'allarme, e l'effettiva conoscenza. In tali ipotesi, l'inerzia assumerebbe il significato univoco della volontà di concorrere (omissivamente) con gli autori dei reati economici.

Guardando agli arresti che si inscrivono nel paradigma giurisprudenziale in commento, nella decisione per i fatti di bancarotta commessi nella gestione della Girardi S.I.M.⁴¹⁹, rispondendo alle doglianze dei controllori societari, imputati per concorso negativo negli illeciti da altri realizzati, la Suprema Corte rileva: «per affermare la responsabilità penale dei soggetti in considerazione è necessario che vi sia la prova che gli stessi siano stati debitamente informati *oppure* che *vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito*, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi (...). Soltanto in presenza della prova della conoscenza del fatto illecito o della *concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo in presenza di segnali inequivocabili* è possibile intravedere l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito»⁴²⁰. Si equiparano, dunque, conoscenza e concreta conoscibilità mediante l'attivazione del potere informativo.

⁴¹⁷ App. Milano, 10 giugno 1996, Bagnasco e altri, cit.

⁴¹⁸ Cass. pen., Sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327, Bagnasco e altri, cit.

⁴¹⁹ Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, in *Leggi d'Italia*.

⁴²⁰ *Ibidem*, corsivi aggiunti.

Si consideri ancora la decisione sul *default* della ITF s.p.a.⁴²¹ ove si legge che, per giungere ad un'affermazione di responsabilità penale, è sufficiente che «venga dimostrato che l'amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi di illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non poter sfuggire»⁴²².

Attraverso un'evidente eterogenesi dei fini, la teoria dei segnali d'allarme, che dovrebbe costituire uno strumento di accertamento del dolo nel suo momento rappresentativo, muta l'oggetto stesso dell'elemento soggettivo, assorbendolo: per dimostrare la sussistenza del dolo è sufficiente la prova che «i c.d. segnali d'allarme fossero talmente forti ed evidenti da doversi necessariamente imporre anche all'attenzione del più noncurante e distratto degli amministratori o dei sindaci»⁴²³.

Dall'oggettiva rilevanza dei segnali d'allarme, si evince, attraverso un meccanismo di successive presunzioni che: (i) data la palese gravità del sintomo di crisi o di illiceità di singole operazioni anche il più disattento amministratore o sindaco si sarebbe rappresentato il reato *in itinere* per cui (ii) l'imputato se lo è necessariamente rappresentato; (iii) posta tale necessaria consapevolezza, l'omessa attivazione dei poteri impeditivi dimostra la volizione – quanto meno in termini di accettazione – degli illeciti stessi⁴²⁴.

In definitiva, l'oggetto del dolo è costituito dai segnali d'allarme del reato *in itinere*; l'accertamento si limita alla mera percepibilità (i.e. l'esistenza) dei predetti segnali, che fonda la rappresentazione dell'evento illecito e dell'obbligo di attivarsi; tale rappresentazione collegata all'inerzia del garante dimostra di per sé il momento volitivo del dolo.

⁴²¹ Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 2010, n. 41136, cit.

⁴²² Ibidem.

⁴²³ Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088, cit.

⁴²⁴ Sulla ricorrenza di tale percorso argomentativo nell'accertamento del dolo dei controllori, F. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, pp. 481-482 e 504-507.

Peraltro, estremamente eterogenei sono i fatti che vengono annoverati tra i segnali d'allarme: si passa, infatti, da accadimenti sostanzialmente anodini come i «sintomi di una crisi d'impresa»⁴²⁵ o la «tenuta delle scritture contabili (...) senza avvalersi di un consulente esterno»⁴²⁶, fino a considerare come indici d'allerta i reati stessi che si sarebbero dovuti impedire⁴²⁷, riconoscendo una sorta di *dolus in re ipsa*⁴²⁸.

In presenza di segnali di nulla o scarsa significatività, come rilevato da Pedrazzi, «al semplice consigliere di amministrazione si impresta la consapevolezza che gli operativi (...) possano commettere abusi rappresentati solo nel *genus* dell'etichettatura giuspenalistica, accantonando come superfluo ogni specifico innesto fattuale»; così facendo, però, «l'oggetto della rappresentazione nello straripare si disperde: svanisce l'oggetto del dolo *tout court*»⁴²⁹.

Se quello illustrato è, ancora oggi, il percorso argomentativo più frequente nell'affermazioni di responsabilità di amministratori e sindaci, non sono mancate decisioni in cui la violazione dei principi di legalità e colpevolezza è emersa in modo ancor più nitido. Nella decisione n. 19509 del 2005, la Suprema Corte⁴³⁰ arriva a sostenere che «poiché la prova del dolo si desume dalle emergenze, a fronte dei fatti di mala gestione di soggetto sottoposto a controllo, secondo giurisprudenza univoca consolidata, è l'imputato controllore (...) a

⁴²⁵ Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi e altri, cit.

⁴²⁶ Cass. pen., Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 9736, in *Leggi d'Italia*.

⁴²⁷ Si veda Cass. pen., Sez. V, 27 marzo 2012, n. 28928 in *Leggi d'Italia*, in cui si legge: «nel caso in esame, si riscontrano situazioni che concorrono a configurare la prova della compiuta conoscenza dei dati illeciti nel contesto della gestione della fallita società: la falsificazione delle risultanze di bilancio, protese a coprire le allarmanti perdite di gestione (rammentando che il bilancio è un atto proprio dei consiglieri di amministrazione, che non ammette delega, cfr. art. 2381 c.c., comma 4), la reiterazione delle condotte di distrazione (...), la destinazione ad impieghi che si collocavano all'esterno dell'oggetto sociale, come la ricchezza assegnata alla società calcistica Torres, essendo irrilevante che l'erogazione di denaro possa anche qualificarsi "sponsorizzazione"».

⁴²⁸ Su tale concetto si veda F. Bricola, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.

⁴²⁹ C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, cit., p. 1266.

⁴³⁰ Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 2005, n. 19509, in *Leggi d'Italia*.

dover fornire elementi atti a superare la presunzione di responsabilità a suo carico»⁴³¹. In definitiva, argomenta la Corte, «si parte dal principio che non poteva non sapere»⁴³².

3. Il primo passo verso il ritorno al dolo: la concreta percezione di segnali perspicui e peculiari nella decisione Bipop Carire

Il secondo paradigma⁴³³ trova nella decisione c.d. Bipop Carire⁴³⁴ la sua sentenza manifesto: si tratta di un arresto che prospetta una ricostruzione dell'oggetto e dell'accertamento del dolo in capo ai controllori significativamente difforme rispetto a quella proprugnata dall'orientamento maggioritario, più sopra descritto. Segnatamente tre paiono i profili fondamentali su cui il giudice di legittimità si discosta dai suoi precedenti.

(i) La Suprema Corte prende, prima di tutto, le distanze dall'identità tra conoscenza e conoscibilità, fatta propria dalla giurisprudenza dominante: «non può esservi equiparazione tra "conoscenza" e "conoscibilità" dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa»⁴³⁵. È un passaggio capitale, che ha dirette conseguenze sui tratti caratterizzanti i segnali d'allarme e sulla loro funzione nell'economia dell'accertamento della responsabilità.

(ii) Rileva la Corte che i segnali d'allarme devono «essere perspicui e peculiari in relazione all'evento»: non possono, perciò, assumere

⁴³¹ *Ibidem.*

⁴³² *Ibidem.*

⁴³³ A tale paradigma possono ricondursi tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 3 ottobre 2007, n. 43101, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, 30 novembre 2011, n. 3708, in *Leggi d'Italia*.

⁴³⁴ Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 103 ss. (cui ci si riferirà per le citazioni), con nota di F. Centonze, *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, pp. 109 ss., nonché in *Le Soc.*, 2008, pp. 899 ss., con nota di D. Pulitanò, *Amministratori non operativi*, cit.

⁴³⁵ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, cit., p. 106.

rilievo nell'accertamento del dolo fatti anodini, inidonei a manifestare agli occhi dell'osservatore l'esistenza di un reato *in itinere*.

In concreto, dunque, si legge in sentenza, logicamente inconferenti sono «la consapevole approvazione di ogni iniziativa della dirigenza» o «la riduzione del consiglio di amministrazione a “ratificatore” di decisioni altrove prese»⁴³⁶, trattandosi di accadimenti equivoci, che possono manifestare tanto un'adesione al reato altrui quanto l'ignoranza del contenuto illecito della delibera non impedita. Così pure non possono considerarsi segnali d'allarme pratiche di finanziamento o il riconoscimento di *stock option*, attività in sé considerate lecite ed inidonee a prospettare la realizzazione di condotte di falso in bilancio e di ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, contestate nel caso *sub iudice*. Infine, nemmeno hanno significato, quanto alla prova della rappresentazione dei reati oggetto d'imputazione, i legami personali tra i protagonisti della gestione e del controllo dell'ente, «indice assai generico di sospetto e “muto” di fronte alla effettiva informazione da parte dell'amico informato verso il collega non operativo»⁴³⁷.

Da tale rigorosa analisi, portata avanti dalla Corte, emerge in modo nitido che «segnale perspicuo è quello che consente, a chi l'abbia percepito e compreso, di vedere attraverso di esso qualcos'altro, e precisamente il fatto costitutivo il reato. (...) perspicuo è un carattere peculiare di alcuni segnali soltanto, di una cerchia fortemente caratterizzata dentro l'ambito vasto e variegato di segnali d'allarme di diversa intensità o pregnanza»⁴³⁸.

(iii) Infine, perché possa dirsi provata non già la mera conoscibilità, bensì l'effettiva conoscenza del reato che il garante ha l'obbligo di impedire, è altresì necessario «l'accertamento del grado di anormalità d[ei segnali d'allarme], non in linea assoluta, ma per l'amministratore

⁴³⁶ *Ivi*, p. 107.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ Alla lettera D. Pulitanò, *I confini del dolo*, cit., p. 38.

non operativo (oltre che la prova della percezione degli stessi in capo agli imputati)»⁴³⁹.

In altre parole l'esistenza di segnali di un reato *in itinere* non è di per sé sufficiente a dar prova del momento rappresentativo del dolo, giacché è altresì necessario che il segnale venga percepito dal controllore e sia riconosciuto da costui come tale, cioè nella sua portata rappresentativa dell'illecito da scongiurare.

Pare, dunque, di potersi individuare un duplice momento di rilevanza dei segnali d'allarme, giacché questi, per avere una capacità dimostrativa della effettiva rappresentazione in capo all'amministratore o al sindaco della prossima consumazione di un reato altrui, devono essere oggettivamente percepibili e soggettivamente percepiti come "perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito".

La validità di tale assunto trova riscontri nei distinti concetti di *rischio* e *pericolo*, elaborati dalle scienze psico-cognitive. Queste «hanno evidenziato varie nozioni di rischio, alcune più di natura oggettiva altre invece connotate in termini più soggettivi. Così sarebbe più corretto attribuire il termine rischio alla percezione soggettiva che di esso ha il soggetto, e quello di pericolo alla condizione obiettiva della esposizione ad un possibile danno. Con la conseguenza di poter affermare che la presenza del pericolo non implica per ciò stesso il rischio, il fatto cioè che il soggetto abbia percepito il pericolo (...) Tutto ciò comporta che lo schema induttivo-inferenziale del ragionamento probatorio che dalla oggettiva sussistenza del pericolo pretenda di inferire anche la percezione dello stesso e quindi l'accettazione del rischio risulta carente dei contenuti di personalizzazione del dolo necessari per il rimprovero di colpevolezza»⁴⁴⁰.

Sotto questo profilo non può sottovalutarsi nella produzione di errori cognitivi, che pongono distanze incolmabili tra percezione del

⁴³⁹ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, cit., p. 107.

⁴⁴⁰ Così M. Bertolino, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2013, p. 28.

rischio e pericolo obiettivo, il ruolo giocato dal *bias* di conferma⁴⁴¹, cioè dalla tendenza umana, emersa da studi empirici⁴⁴², a ricercare conferme alle proprie convinzioni, sottovalutando elementi distonici: attualizzando tali studi, il controllore - che, se ha accettato l'incarico in una società l'avrà fatto avendo fiducia nella solidità della stessa e nelle capacità manageriali dei delegati⁴⁴³ - sarà naturalmente più colpito dai fatti che manifestino il buon andamento dell'ente piuttosto che dai segnali d'allarme. Il risultato, come rileva la dottrina anglosassone, è che spesso gli amministratori privi di deleghe «diventino consapevoli per la prima volta di decisioni pregiudizievoli degli interessi sociali solo nel momento in cui vengono citati in giudizio dagli azionisti»⁴⁴⁴.

Non mancano, però, zone d'ombra anche nella decisione Bipop Carire. In un passaggio dell'ordito motivazionale, la Cassazione tiene a precisare che ai consiglieri non esecutivi non è concesso di fare completo affidamento su quanto riferito dai delegati, rinunciando ciecamente ad adempiere ai propri doveri di controllo: tali «situazioni possono – pertanto – mantenere rilievo penale nella prospettiva del dolo (oltre che, evidentemente, per la colpa)»⁴⁴⁵. Tale affermazione convince solo parzialmente⁴⁴⁶: infatti, la mera inerzia, per avere un qualche peso nell'accertamento del dolo, deve essere sempre comunque accompagnata dalla prova della conoscenza diretta o mediata dalla corretta valutazione da parte del singolo controllore dei segnali

⁴⁴¹ Per una trattazione non specialistica ma divulgativa del tema si veda N.N. Taleb, *Il cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, Milano, 2008, pp. 77 ss. Per la rilevanza degli errori cognitivi sull'attività di controllo di amministratori e sindaci si veda F. Centonze, *Controlli sindacali*, cit., pp. 98 ss.

⁴⁴² Il più noto è quello della serie numerica compiuto dallo psicologo Wason che può leggersi in P.C. Wason, *On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task*, in *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 1960, pp. 273 ss.

⁴⁴³ Fatto salvo esclusivamente il caso patologico della "testa di legno".

(444) L'affermazione è di R. Hamilton - J. Macey, *Cases and Materials on Corporations*, St. Paul, 2005, p. 710 ss., ed è così richiamata da F. Centonze, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 731.

⁴⁴⁵ In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, cit., p. 107.

⁴⁴⁶ Critico anche F. Centonze, *La Suprema Corte*, cit., p. 125.

d'allarme perspicui e peculiari; diversamente, si perviene nuovamente a contrabbandare per dolo un'imputazione, al più, colposa.

Inoltre, è assente ogni riferimento al momento volontaristico del dolo, che parrebbe – nel silenzio della Corte – da considerarsi *in re ipsa* ove il garante si sia rappresentato l'illecito *in itinere* e, non di meno, sia rimasto inerte.

La sentenza Bipop Carire costituisce un vero e proprio *leading case*, cui la giurisprudenza successiva si è sempre richiamata, talvolta però prestando un ossequio solo formale al suo insegnamento⁴⁴⁷.

4. Il dolo dei controllori come conoscenza e volontà del reato economico altrui nella decisione c.d. Credito Commerciale Tirreno

Al terzo paradigma sono da ricondurre alcune recenti pronunce che superano le frizioni residue con i principi di legalità e colpevolezza della sentenza Bipop Carire.

La decisione fondamentale di questo orientamento è emessa all'esito del processo per i fatti di bancarotta realizzati nella gestione del Credito Commerciale Tirreno⁴⁴⁸: merito di tale arresto è di aver riportato, anche sulle orme della citata Bipop Carire, la teoria dei segnali d'allarme al proprio campo elettivo – l'accertamento del momento rappresentativo dell'elemento soggettivo – e di aver distinto nettamente l'oggetto e la prova della rappresentazione dall'oggetto e dalla prova della volizione del reato⁴⁴⁹. Infatti, afferma la Cassazione, in tanto si può discutere di dolo in quanto l'imputato sia «*concretamente venuto a conoscenza* di dati da cui potesse desumersi un evento pregiudizievole per la società, od almeno il *rischio* che un siffatto *evento*

⁴⁴⁷ Paradigmatica in questo senso è la citata decisione Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, in cui si afferma di rifarsi all'insegnamento della sentenza Bipop Carire e si sostiene l'equivalenza tra conoscibilità e conoscenza.

⁴⁴⁸ Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2013.

⁴⁴⁹ Tale distinzione era stata valorizzata anche da un pregevole arresto di merito ovvero Trib. Milano, Sez. I, 18 dicembre 2008, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2008, pp. 109 ss., relativa alle condotte di aggrottaggio sui titoli del gruppo Parmalat.

si verificasse, ed abbia volontariamente omissso di attivarsi per scongiurarlo»⁴⁵⁰.

Il ruolo della teoria dei segnali d'allarme, nel percorso di dimostrazione della rappresentazione del reato *in itinere*, è ulteriormente precisato dal Giudice di legittimità. Sottolinea la Corte che «per dare senso e concretezza al dolo eventuale (...) come parametro minimo per la riferibilità psicologica dell'evento pregiudizievole al soggetto attivo del reato, occorre che il dato indicativo del rischio di verificaione (del "segnale d'allarme", per intendersi) dell'evento stesso non sia stato soltanto conosciuto, ma è necessario che l'amministratore se lo sia rappresentato come dimostrativo di fatti potenzialmente dannosi e non di meno sia rimasto inerte»⁴⁵¹.

Si conferma, dunque, la necessità di un duplice momento di valutazione dei segnali d'allarme, oggettivo e soggettivo: è necessaria la prova che di per sé il segnale faccia intravedere l'esistenza di un reato *in itinere* e che il garante abbia percepito e compreso il significato dell'indice d'allerta. Tutti i passaggi di questo "protocollo di accertamento del momento rappresentativo" devono essere rigorosamente provati, senza il ricorso a scorciatoie, fondate su inesistenti massime di esperienza o ipotetici «canoni dimostrativi compatibili con il senso comune di chi è chiamato a svolgere compiti di gestione e controllo/vigilanza»⁴⁵².

Una volta provata la rappresentazione in capo al soggetto della possibilità del verificarsi di un evento pregiudizievole per la società, i soci o i creditori, non per ciò solo – secondo la Cassazione – può dirsi soddisfatto l'onere dell'accusa in ordine al momento soggettivo del reato doloso, non potendosi inferire la volizione dell'illecito non impedito dal mero connubio tra conoscenza e inerzia. In tali ipotesi,

⁴⁵⁰ Così Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit., corsivi aggiunti.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² L'espressione si rinviene in Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, ampiamente criticata da F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale*, cit., p. 325.

argomenta la Corte, «non si potrebbe ancora discutere di dolo, neppure nella forma del dolo eventuale, che richiede pur sempre da parte del soggetto attivo – per potersi affermare che un fatto è da lui voluto, per quanto in termini di mera accettazione del rischio che si produca – la determinazione di orientarsi verso la lesione o l'esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice». In definitiva, l'inerzia o il contributo atipico devono rappresentare «la decisione a favore della possibile offesa del bene giuridico»⁴⁵³.

È in tale snodo motivazionale, dunque, che si supera il silenzio della sentenza Bipop Carire e si richiama la giurisprudenza alla prova del momento volitivo del dolo, giacché «anche nel reato omissivo (...) soltanto l'“innervarsi” della volontà attraverso una definitiva, consapevole scelta potrà determinare il passaggio dalla colpa (con rappresentazione) al dolo»⁴⁵⁴.

Per non vanificare l'affermazione di principio, fondamentale diviene l'attenta individuazione e valutazione dei criteri di accertamento del dolo⁴⁵⁵: sul punto la Cassazione valorizza tre dati fattuali, motivando la propria decisione sulla carenza di dolo in capo agli amministratori, non direttamente messi a parte degli illeciti *in itinere*.

(i) *In primis* l'attenzione è rivolta alla *fiducia*⁴⁵⁶ riposta dai *gatekeepers* negli amministratori esecutivi e, in particolare, nell'amministratore

⁴⁵³ Secondo la formula «*Entscheidung für die mögliche Rectsgüterverletzung*» utilizzata da C. Roxin, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, in *JuS*, 1964, pp. 53 ss. Si veda sul punto anche l'ampia trattazione di G.P. Demuro, *Il dolo*, cit., 15 ss., cui qui ci si richiama.

⁴⁵⁴ Così S. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., p. 68.

⁴⁵⁵ Specificamente sui criteri di accertamento del dolo omissivo si veda G.P. Demuro, *Il dolo*, cit., pp.518 ss.

⁴⁵⁶ Sulle dicotomie dolo eventuale *vs* colpa con previsione e fiducia (“*Vertrauen*”) *vs* semplice speranza (“*Hoffen*”) si veda C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl., München 2006, richiamato da G.P. Demuro, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, p. 149. In giurisprudenza il ruolo della fiducia nella distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione assume particolare rilievo in Cass. pen., Sez. I, 1 gennaio 2011, n. 10411, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2001, con nota di A. Aimi, *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente*, e con nota di M. Zecca, *Dalla*

delegato che, nel caso di specie, «godeva sicuramente di prestigio ed autorevolezza all'interno [dell'istituto di credito], venendo considerato un esperto come pochi quanto ad operazioni che si presentavano nuove nella pratica corrente di quella banca»⁴⁵⁷; tale fiducia costituisce un elemento decisivo giacché, argomenta la Cassazione, «un conto è che l'amministratore privo di delega rimanga indifferente dinanzi ad un "segnale d'allarme" percepito come tale, in quanto decida di non tenere in considerazione alcuna l'interesse dei creditori o il destino stesso della società, ben altra cosa è che egli continui a riporre fiducia, per quanto mal riposta, verso le capacità gestionali di altri»⁴⁵⁸.

Riecheggiano nelle parole del decidente gli studi⁴⁵⁹ sul ruolo dell'"attore decisivo", ovvero il «detentore di un potere "autoritario" nella società e protagonista dei recenti scandali finanziari», colui che «può giovarsi dell'asimmetria informativa, possiede un rilevante capitale sociale, ha un forte ascendente sugli altri membri dell'organizzazione, gode di consenso e di fiducia anche al di fuori della società, è in grado di ricorrere ad un *network* internazionale e a complessi strumenti finanziari»⁴⁶⁰. Nell'ambito della gestione societaria l'alone di fiducia che circonda l'"attore decisivo" tende a produrre un involontario "eccesso di affidamento" nei controllori: ne consegue che l'inerzia o il contributo atipico dei *gatekeepers* non rappresenta necessariamente la decisione a favore dell'offesa al bene giuridico da

colpa cosciente al dolo eventuale: un'ipotesi di omicidio e lesioni personali "stradali" in una recente sentenza della Corte di Cassazione, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011.

⁴⁵⁷ In questi termini Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit.

⁴⁵⁸ Così la decisione sul fallimento del Credito Commerciale Tirreno che, in altro passaggio, rileva plasticamente: «non sembra potersi condividere l'accezione stessa del dolo eventuale come implicitamente fatta propria dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Salerno: sostenere, ammesso che si possa, che alcuni fattori di anomalia di una pratica erano tali da emergere alla semplice lettura del carteggio, comporta *ex se* un chiaro addebito di colpa, financo grave, nei confronti di chi non li colse; ma non basta ancora per giungere ad affermare che chi espresse un voto favorevole e concorse così ad autorizzare un'operazione pregiudizievole per la società lo fece volendo perseguire quell'intento, o restando consapevolmente indifferente verso conseguenze della propria condotta che comunque si era prefigurato».

⁴⁵⁹ Si veda in particolare F. Centonze, *Controlli societari*, cit., 48 ss., e bibliografia ivi richiamata.

⁴⁶⁰ Tale definizione è di F. Centonze, *Controlli societari*, cit., 102.

altri perpetrato, quanto piuttosto il portato di una erronea valutazione delle capacità e delle attività del delegato.

In definitiva, rileva la Corte, si può «discutere di colpa a carico di chi contravvenne alla primaria regola cautelare di assumere il maggior numero di informazioni, e sempre colpa sarebbe (...) quella di chi avesse paventato il verificarsi degli eventi negativi ma, fidandosi della professionalità e dell'esperienza [dell'attore decisivo], fosse rimasto sicuro che non si sarebbero realizzati»⁴⁶¹.

(ii) L'investimento da parte degli amministratori (tenuti all'oscuro delle condotte illecite) di significative somme di denaro, sia in azioni dell'istituto di credito sia a sostegno di singole operazioni dolose o distrattive, costituisce un ulteriore elemento fattuale posto in rilievo: la messa in pericolo di interessi propri è, infatti, un evidente indicatore negativo della sussistenza del dolo⁴⁶². Volendo utilizzare le parole della Cassazione, l'impiego significativo di capitali propri nell'istituto di credito è in «assoluta ed incontrovertibile antitesi» con l'accettazione del *default* della banca stessa.

(iii) Infine, la Cassazione si sofferma su un episodio ritenuto paradigmatico: il *dominus* degli illeciti falsificò un *fax* per attestare il controvalore di titoli asseritamente depositati presso un fiduciario, a seguito di una specifica richiesta della società di revisione, ed inviò tale *fax* agli altri amministratori, per rassicurarli su tale questione problematica. Tale vicenda rende chiaro – secondo la Corte – che l'amministratore infedele «intese (...) presentare – anche – ai presunti correi una realtà mistificata ed artefatta, al fine di nascondere una situazione concreta che avrebbe altrimenti potuto portare l'organo collegiale a determinazioni diverse: perciò, egli dimostrò (...) di non poter confidare sulla certezza che gli altri amministratori ne avrebbero –

⁴⁶¹ Alla lettera Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit.

⁴⁶² Sulla messa in pericolo di interessi propri come indicatore negativo del dolo si veda, in particolare, G.P. Demuro, *Il dolo*, cit., 516 ss. Per una sua applicazione ad un caso concreto F. Viganò, *Fuga spericolata in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?*, in *Corr. mer.*, 2005, pp. 75 ss.

per consolidata indifferenza verso le sorti della società – condiviso le proposte operative»⁴⁶³.

Sembrerebbe trattarsi di una particolare applicazione della prima formula di Frank⁴⁶⁴: la domanda se, dato per certo il verificarsi dell'illecito, il soggetto avrebbe ommesso ugualmente l'azione impeditiva, non ha come – consueto – interlocutore il giudice, bensì l'autore del delitto monosoggettivo.

In altre parole, opera come criterio di accertamento della carenza di dolo in capo al concorrente il fatto che l'autore del delitto monosoggettivo abbia ritenuto di dover occultare i reati *in itinere*, giacché, se i controllori si fossero rappresentati per certa la realizzazione degli illeciti, non sarebbero rimasti inerti, ma si sarebbero attivati per impedirli.

Il criterio di accertamento pare condivisibile nel senso prospettato in sentenza: infatti, la presentazione di dati o documenti falsi sulla situazione societaria da parte dell'"attore decisivo", può dimostrare (i) la mancanza di un accordo criminoso con i *gatekeepers* e (ii) la probabile, secondo la percezione dell'autore dei reati, opposizione dei controllori alla consumazione di illeciti ove ne venissero a conoscenza. Per altro verso, la realizzazione di condotte volte a nascondere agli occhi degli altri membri del *board* o dei sindaci i reati che si intendono commettere (i) non può da sola escludere *tout court* una percezione, comunque conseguita dai controllori, degli eventi dannosi che debbono impedire, (ii) né è idonea a costituire un elemento inconfutabile di carenza del momento volitivo, trattandosi pur sempre di un criterio fondato sul

⁴⁶³ Così Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit.

⁴⁶⁴ Tale formula, non senza critiche da parte della dottrina, è stata utilizzata per discernere tra dolo eventuale e colpa con previsione dalla già citata Cass. pen., Sez. I, 1 gennaio 2011, n. 10411 nonché, per distinguere tra ricettazione ed incauto acquisto, da Cass. pen., Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, in *Cass. Pen.*, 2010, pp. 2555 ss. con nota di M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione: le Sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, e in *Dir. pen. proc.*, 2010, 826 ss., con nota di P. Pisa, *Punibilità della ricettazione a titolo di dolo eventuale*, nonché in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2011, con nota di G. Abbadessa, *Ricettazione e dolo eventuale*. Sulle formule di Frank si veda da ultimo, G. Gentile, *"Se io avessi previsto tutto questo". Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

punto di vista dell'“attore decisivo” e non direttamente su atteggiamenti o azioni del concorrente di cui si vuole accertare l'elemento soggettivo.

L'ampio apparato argomentativo e criteriologico in punto di verifica della sussistenza del dolo è ulteriormente arricchito nella parte della motivazione dedicata alla posizione del sindaco imputato. Costui, nell'ambito dell'assemblea di approvazione del bilancio, non aveva formulato alcuna perplessità agli azionisti, manifestando solo nel successivo collegio sindacale i propri dubbi in ordine alla rischiosità dei titoli iscritti all'attivo⁴⁶⁵. Secondo la Corte «è proprio il comportamento tenuto in concreto dall'imputato ad offrire la dimostrazione *per tabulas* che egli aveva sì percepito i più volte ricordati "segnali di allarme", ma senza ritenerli (per erronea, superficiale o comunque colposa valutazione) tali da doverne fare menzione in sede di approvazione del bilancio; verosimilmente, per mero scrupolo o per una più generica cautela, egli reputò invece di darne contezza in sede di collegio sindacale, ma anche tale condotta appare in antitesi con il supposto dolo, visto che - se fosse stato partecipe dell'ordito criminale, o ne avesse almeno accettato le conseguenze - si sarebbe ben guardato dal lasciare traccia di un pur minimo segnale di allerta»⁴⁶⁶.

Orbene, mentre l'inertia è di per sé neutra e non pare poter costituire né un indice di dolo né di colpa, la successiva segnalazione dei propri rilievi in sede sindacale è giustamente valorizzata: se l'imputato avesse avuto conoscenza degli illeciti in corso e avesse voluto avallarli, mai avrebbe posto l'attenzione dei controllori proprio su possibili segnali d'allarme; l'intervento in collegio sindacale è, dunque, logicamente incompatibile con il contegno di chi è partecipe di un illecito: è regola di comune esperienza che chi compie un reato, pone in essere tutte le condotte utili per occultarlo, non altre che potrebbero far emergere le sue responsabilità.

⁴⁶⁵ Il collegio sindacale peraltro si è tenuto solo 15 minuti dopo la conclusione dell'assemblea.

⁴⁶⁶ Alla lettera Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit.

L'approdo della sentenza sul crac del Credito Commerciale Tirreno ha trovato piena conferma nella successiva decisione della Suprema Corte 23000 del 2013⁴⁶⁷, che ne richiama tutti gli snodi fondamentali.

Al di là del rigore nella ricostruzione dell'oggetto e della struttura del dolo, tanto in ordine al momento rappresentativo che a quello volitivo, e della ricca criteriologia offerta per il suo accertamento, ciò che pare persino più interessante della sentenza in commento è la rottura degli stereotipi dell'*amministratore* e del *sindaco doloso*⁴⁶⁸.

Come rilevato da attenta dottrina, infatti, «il dolo eventuale è una nozione indefinita. La giurisprudenza attiva i sensori percettivi della realtà sociale. Recepisce il sentire comune. La categoria giuridica del dolo viene riempita dalla categoria sociale del dolo. In questo modo essa individua territori propri del dolo e territori propri della colpa»⁴⁶⁹. Da questo punto di vista, continua l'autore, «c'è una marcata propensione ad inquadrare l'attività societaria (bilanci comunicazioni ad autorità indipendenti ecc.) nel territorio del dolo»⁴⁷⁰.

Il meccanismo di precomprensione, inevitabilmente influenzato da esigenze di politica criminale, parrebbe poter illuminare, almeno in parte, la diversa selezione degli (eventuali) autori dei reati economici, compiuta dagli organi dell'accusa e dalla giurisprudenza a partire dagli scandali finanziari degli anni '70 e '80: il passaggio è dal controllore negligente al sindaco/amministratore che non poteva non sapere.

L'idea del "sindaco doloso" e dell'"amministratore doloso" pare essere stata smentita, se non addirittura ribaltata, dalla sentenza relativa ai fatti di bancarotta commessi nella gestione del Credito Commerciale Tirreno, con una netta inversione di rotta i cui esiti restano tutti da verificare.

⁴⁶⁷ Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 5 ottobre 2012, n. 23000, in *Leggi d'Italia*.

⁴⁶⁸ L'icastica espressione si deve a F. M. Iacoviello, *Processo di parti*, cit., p. 494.

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

CAPITOLO VIII

CONCLUSIONI (PROVVISORIE) E ULTERIORI PROFILI DI RICERCA PER RIDARE SELETTIVITÀ ALL'IMPUTAZIONE PER OMESSO IMPEDIMENTO DEL REATO ECONOMICO ALTRUI

SOMMARIO: 1. Sintesi dei risultati: il percorso sperimentato per ridare selettività all'imputazione per omesso impedimento del reato economico altrui. – 2. I profili di ulteriore ricerca: il ruolo del capo d'imputazione e la sussunzione dell'omesso impedimento colposo del reato altrui nel delitto di bancarotta semplice per inosservanza degli obblighi di legge

1. Sintesi dei risultati: il percorso sperimentato per ridare selettività all'imputazione per omesso impedimento del reato economico altrui

Il *leitmotiv* della ricerca è stato il tentativo di ridare selettività ai principali snodi che caratterizzano, tanto la fattispecie astratta quanto quella concreta, del concorso negativo nel reato economico altrui: un modello di ascrizione di responsabilità, per come applicato in giurisprudenza, estremamente flessibile e semplice da provare, data la detassativizzazione dell'incriminazione e il ricorso a scorciatoie probatorie nel suo accertamento.

Si è cercato, in primo luogo, di mostrare il significativo impoverimento dei connotati caratterizzanti la selettività, tanto della tipicità quanto della colpevolezza, compiuto dalla Suprema Corte.

Segnatamente, l'individuazione dei destinatari del precetto, primo momento della descrizione del fatto tipico, è compiuta dalla giurisprudenza con il ricorso alternativo alle teorie formale, sostanzialistico-funzionale e mista, a seconda della capacità della singola impostazione dogmatica di offrire un appiglio, per affermare la sussistenza di un obbligo rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.* Per di più, per così dire a monte, le stesse impostazioni dogmatiche richiamate non offrono

criteri precisi e tassativi per determinare in quali ipotesi sorga l'obbligo di impedire il reato altrui.

L'assenza di canoni univoci per discernere chi sia il destinatario del dovere di impedire il reato economico altrui si pone in chiaro contrasto con il principio di legalità, rimettendo al singolo giudice, di volta in volta chiamato a decidere, l'individuazione del garante.

Né maggiore selettività assume nella giurisprudenza la condotta tipica. I poteri impeditivi, infatti, vengono individuati solo *ex post* dal giudice, in sede di accertamento della responsabilità, tra quelle azioni, connesse o meno alla funzione, idonee *ex ante* ad interrompere l'*iter criminis*⁴⁷¹. La scelta di ritenere tipici i poteri indirettamente impeditivi e, soprattutto, innominati rende il precetto diretto ai controllori del tutto impreciso e, di fatto, a formazione progressiva, con tutte le criticità che ciò importa in relazione ai principi di legalità e di irretroattività della legge penale.

Allo stesso modo, l'accertamento del nesso causale, altro momento selettivo dell'imputazione, connesso alla verifica della fattispecie concreta, è, quasi sempre, obliterato dalla giurisprudenza, tramite il riconoscimento della sussistenza di un nesso eziologico *in re ipsa*⁴⁷². Quando, invece, la Suprema Corte⁴⁷³ fa i conti con la prova della causalità omissiva, utilizza criteri più flessibili di quello imposto dalla sentenza Franzese, accontentandosi, per addivenire ad un giudizio di responsabilità, di un «apprezzabile grado di probabilità»⁴⁷⁴ che, tenuta la condotta doverosa, l'evento non si sarebbe verificato. In definitiva, in punto di selettività del modello, la prova del nesso eziologico gioca un ruolo assai ridotto, se non assente: il rischio, già rilevato in dottrina⁴⁷⁵, è di attribuire ai garanti una responsabilità da posizione.

⁴⁷¹ Emblematiche in tal senso Cass. pen. Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, cit., e Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690.

⁴⁷² Così Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2011, n. 31163, cit.

⁴⁷³ Si consideri per tutte Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, cit.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ Si veda, in particolare, M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione*, cit., *passim*.

Infine, anche l'oggetto, la struttura e l'accertamento del dolo rischiano di perdere i propri connotati e, conseguentemente, la specifica capacità di delimitare l'area delle omissioni penalmente rilevanti. La giurisprudenza maggioritaria⁴⁷⁶ tende, infatti, ad accontentarsi della prova dei c.d. segnali d'allarme per affermare la sussistenza del dolo in capo ad amministratori non esecutivi e sindaci. Compendiando l'argomentare della Corte di Cassazione: poiché il controllore, di fronte ad indici rivelatori del reato *in itinere*, "non poteva non sapere", la sua inerzia assume il significato univoco di volontà, quanto meno come accettazione, che altri commettessero illeciti penali.

Nuovamente, anche in punto di elemento soggettivo, emergono frizioni con il principio di legalità e colpevolezza.

A fronte di tale quadro, si è tentato di offrire una lettura costituzionalmente orientata dei diversi momenti delle fattispecie astratta e concreta, al fine di ridare selettività al modello, tenendo quale direttrice, per invertire la rotta presa dalla giurisprudenza, la sequenza legalità-tipicità-colpevolezza.

Tale tentativo ha trovato l'abbrivio nell'individuazione del soggetto obbligato ad impedire l'illecito: si è sottolineato che, per rispettare il principio di legalità, solo una disposizione, avente forza di legge, dal contenuto preciso e determinato, che imponga al suo destinatario di impedire un reato, di per sé (*dovere specifico*) o in quanto offensivo di beni che il soggetto ha l'obbligo di proteggere (*dovere funzionale*), può integrare l'art. 40 cpv. c.p.

Conseguentemente si è individuato per amministratori e sindaci nelle disposizioni di cui agli artt. 2392, comma II, e 2407, comma II, c.c. il legittimo fondamento dell'obbligo giuridico di impedire l'evento; diversamente, in mancanza di una previsione idonea, per fonte e contenuto, ad integrare la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p., si è escluso sussista in capo ai membri dell'odv un obbligo di

⁴⁷⁶ Si considerino le decisioni richiamate nel cap. VII, par. 2.

impedire i c.d. reati presupposto, realizzati dagli apicali o dai soggetti sottoposti alla direzione degli apicali stessi.

Rilevato, poi, che l'omissione impropria si caratterizza come un reato proprio in relazione all'autore dell'illecito, si è tratta la conclusione che il ruolo da cui scaturisce la funzione di garante ha decise implicazioni, tanto sul perimetro degli eventi-reato che il garante ha il dovere di scongiurare, quanto sui poteri impeditivi che l'ordinamento si attende siano attivati.

In quest'ottica, si è criticata l'impostazione giurisprudenziale che riconosce come tipici anche i poteri innominati, cioè non descritti dal legislatore come poteri-doveri propri della funzione. Si è rilevato con autorevole dottrina che, se «la qualifica rivestita dal soggetto attivo concorre a descrivere una specifica forma di offesa al bene giuridico»⁴⁷⁷, non è logicamente possibile, allora, che l'omesso impedimento del reato altrui possa «caratterizzarsi attraverso la presenza di un dovere personale e al contempo configurarsi indipendentemente dalla violazione di esso»⁴⁷⁸.

Quanto alla dicotomia tra poteri direttamente e indirettamente impeditivi si è ritenuto che sia più convincente la tesi per cui anche questi ultimi sarebbero tipici, segnalando, però, la necessità di un accertamento rigoroso del nesso eziologico: infatti, più anelli causali collegano l'attivazione del garante al concreto intervento impeditivo, più arduo sarà l'accertamento della causalità omissiva e maggiori saranno le tentazioni giurisprudenziali di ricorrere a scorciatoie probatorie.

Tale accertamento non è certamente impossibile in relazione alla posizione degli amministratori non esecutivi, dotati di *poteri dissuasivi* e *d'impugnazione* che possono rivelarsi senz'altro impeditivi, specie ove l'illecito passi attraverso una delibera del consiglio, senza consumarsi con essa. Si è sottolineato, invece, che la prova della causalità

⁴⁷⁷ Così G. P. Demuro, *Tipicità e offesa*, cit., p. 825.

⁴⁷⁸ Alla lettera, S. Seminara, *Tecniche normative*, cit., p. 409.

individuale è decisamente più ardua in relazione ai sindaci, disponendo costoro di poteri di attivazione del collegio che deve, in molti casi, a sua volta attivare ulteriori soggetti (come il Tribunale o la Consob), per impedire l'illecito *in itinere*, nonché di limitati *poteri dissuasivi*.

Proprio in punto di accertamento del nesso eziologico, segnalati i tentativi di flessibilizzazione compiuti dalla giurisprudenza⁴⁷⁹, si è provato ad indicare la strada da percorrere, individuando nella sentenza Franzese il necessario punto di riferimento.

Infine, guardando alla selettiva che il dolo deve necessariamente mantenere, si è cercato di valorizzare il percorso intrapreso dalla giurisprudenza più recente, specie con la decisione sui fatti di bancarotta realizzati nella gestione del Credito Commerciale Tirreno⁴⁸⁰. Tale arresto riattribuisce, in primo luogo, il giusto ruolo alla "teoria dei segnali d'allarme", centrale esclusivamente per la prova della possibilità di rappresentazione degli illeciti *in itinere*, non già per affermare la concreta conoscenza, che richiede la dimostrazione della effettiva percezione e corretta valutazione da parte del singolo controllore dei predetti indicatori. Ulteriore merito della sentenza è di aver ridato sostanza al momento volitivo del dolo, non accontentandosi della mera inerzia, di per sé anodina, ma richiedendo la prova che il garante abbia assunto una «decisione a favore della possibile offesa del bene giuridico»⁴⁸¹.

Il paradigma così ricostruito pare rispettoso dei principi di legalità e colpevolezza, senza perciò essere lassista o completamente rinunciatorio rispetto all'incriminazione dell'omesso impedimento del reato economico altrui, né sordo alle istanze di politica criminale che tale imputazione sottende.

⁴⁷⁹ Si vedano le decisioni analizzate nel cap. VI, par. 4.

⁴⁸⁰ Si tratta della più volte citata Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519.

⁴⁸¹ Si tratta della formula «*Entscheidung für die mögliche Rectsgüterverletzung*» utilizzata da C. Roxin, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, in *JuS*, 1964, pp. 53 ss. Si veda sul punto l'ampia trattazione di G.P. Demuro, *Il dolo*, cit., 15 ss., cui qui ci si richiama.

2. I profili di ulteriore ricerca: il ruolo del capo d'imputazione e la sussunzione dell'omesso impedimento colposo del reato altrui nel delitto di bancarotta semplice per inosservanza degli obblighi di legge

Siano concessi due ulteriori rilievi, spunti per riflessioni ancora da svolgere, che conducono alle conclusioni (provvisorie) cui può pervenirsi in questa sede.

In primo luogo, per dare concretezza al paradigma qui proposto, il concorso negativo nel reato altrui non può continuare ad avere il ruolo di modello ascrittivo debole o secondario, da utilizzare come un "asso nella manica", ove l'ipotesi accusatoria, costruita sul concorso commissivo, sia rimasta priva di riscontri probatori, una carta da giocare eventualmente anche solo a partire dal giudizio d'appello.

Sul punto il rimedio non può che essere di natura processuale: è necessario che già l'imputazione descriva una condotta di omesso impedimento del reato altrui, indicando la funzione rivestita dall'imputato e il potere che si ritiene avrebbe avuto in concreto efficacia impeditiva (oltre che ovviamente il reato non impedito), non ritenendosi sufficiente per addivenire ad una condanna per omissione impropria, rispettosa del principio di correlazione tra accusa e sentenza, una generica accusa di concorso con gli autori materiali degli illeciti.

Non è difficile comprendere il diverso contenuto di una difesa che miri ad escludere un contributo attivo all'illecito o l'accordo con gli autori materiali dello stesso in ordine alla sua commissione, da un'altra, diretta a dimostrare l'inefficacia dei poteri impeditivi, che il garante avrebbe dovuto attivare, o la mancanza di conoscenza del reato *in itinere* o della volontà di non attivarsi per scongiurarlo.

Anche in merito, però, la giurisprudenza pare poco attenta alle garanzie dell'imputato: secondo il giudice di legittimità⁴⁸², affinché vi sia correlazione tra accusa e sentenza, nell'ipotesi di omesso

⁴⁸² Si tratta di Cass. pen., Sez. VI, 19 gennaio 2006, n. 5398, cit.

impedimento del reato altrui, è sufficiente che il capo d'imputazione contenga l'esplicitazione della qualifica rivestita dal soggetto e il richiamo all'art. 110 c.p., potendosi ricomprendere così nell'alveo dell'accusa tanto una partecipazione attiva quanto omissiva.

Un secondo aspetto degno di ulteriore approfondimento è il possibile effetto sulla selezione dei reati contestati ai garanti dell'eventuale consolidarsi in giurisprudenza di un modello rigoroso di accertamento del dolo. La recente sentenza⁴⁸³ di appello sulla responsabilità di amministratori e sindaci del gruppo Parmalat, per i fatti di bancarotta compiuti nella gestione delle società *holding*, potrebbe offrire preziose indicazioni sul punto.

Segnatamente, la Corte d'appello di Bologna ha nettamente distinto, sul modello della decisione Bipop Carire, tra conoscenza e conoscibilità dell'illecito *in itinere*, escludendo vi fosse la prova del dolo di amministratori e sindaci che, non messi a parte del disegno criminoso degli autori materiali dei fatti di bancarotta, non avevano colto la pregnanza dei segnali d'allarme, pur esistenti.

Rispetto a tali soggetti, la Corte ha riconosciuto una responsabilità per concorso omissivo colposo negli altrui delitti dolosi di cui all'art. 223 l. fall., condannando i controllori societari per la meno grave ipotesi di bancarotta semplice, per aver aggravato il dissesto con condotte inosservanti gli obblighi di legge (art. 224, comma II, n. 2, l. fall.).

Si tratta di un ampliamento significativo della sfera applicativa del concorso colposo nell'altrui delitto doloso, rispondendo, nel caso *sub iudice*, autore e garante in concorso, per illeciti che descrivono una condotta vincolata diversa e non sovrapponibile, nell'un caso il cagionamento con dolo o per effetto di operazioni dolose del dissesto, nell'altro un concorso nella causazione, mediante condotte (omissive) inosservanti degli obblighi imposti dalla legge.

Tale opzione interpretativa è proprio nei giorni in cui si conclude questo elaborato al vaglio della Corte di legittimità.

⁴⁸³ Corte app. Bologna, Sez. III pen., 23 aprile 2012, n. 864, inedita.

La fondatezza giuridica di tale impostazione non può essere affrontata in questa sede. Merita, però, di essere sottolineato che, l'eventuale accoglimento dell'interpretazione prospettata dal giudice del gravame o anche una sua rivisitazione da parte della Suprema Corte, comunque nel senso della riconducibilità del mancato impedimento colposo da parte del garante dei fatti di bancarotta fraudolenta nella fattispecie di bancarotta semplice, aprirebbe scenari inediti. Si creerebbe, infatti, un "*commodus discessus*" per addivenire ad un'affermazione di responsabilità ove, ferma la sussistenza dei segnali d'allarme, non risulti provata, oltre ogni ragionevole dubbio, la conoscenza e comprensione di tali indici, nonché la volizione dell'illecito.

Non di meno, descrivendo l'art. 224, comma II, n. 2, l. fall. un reato d'evento, resterebbe pur sempre da accertare che, ipotizzata come tenuta la condotta doverosa, il dissesto non si sarebbe verificato o aggravato con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica". Rimarrebbero, dunque, di stringente attualità tutte le difficoltà a fornire la prova che i poteri attribuiti a sindaci e amministratori avrebbero scongiurato il dissesto. Non va sottovalutato, però, che, in relazione alla bancarotta semplice, è bastevole la dimostrazione che l'omissione sia stata causa anche solo di un aggravamento della decozione dell'ente.

In definitiva, ciò che emerge è la difficoltà di trovare un modello, rispettoso dei principi fondamentali dello statuto costituzionale del diritto penale, che non renda l'imputazione per omesso impedimento del reato economico altrui una *tigre di carta*, e, al contempo, non trasformi i garanti in «"terminali umani" volti alla prevenzione dei reati», «chiamati allo svolgimento di capillari funzioni di polizia giudiziaria e di polizia di pubblica sicurezza, in nome della buona organizzazione e del dovere di "solidarietà" sociale»⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ Alla lettera A. Gargani, *Imputazione del reato*, cit., p.1068.

BIBLIOGRAFIA

- G. Abbadessa, *Ricettazione e dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2011.
- N. Abriani-F. Giunta, *L'organismo di vigilanza previsto dal D.Lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 3, p. 191.
- A. Aimi, *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2001.
- A. Aimi, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica. Analisi e critica della giurisprudenza in materia*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2013.
- R. Alagna, *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro it.*, 2001, II, p. 230.
- R. Alagna, *L'organismo di vigilanza nel D.Lgs. 231/2001: funzione e responsabilità*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, p. 571.
- F. Albergiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984.
- F. Albergiani, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*, in *Foro it.*, 1991, I, p. 3020.
- P. Aldrovandi, *Concorso nel reato colposo e diritto penale d'impresa*, Milano, 1999.
- P. Aldrovandi, *I "modelli di organizzazione e di gestione" nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel "governo" delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2007, p. 445.
- A. Alessandri, *I soggetti*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società (D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61)*, Milano, 2002, p. 37.
- A. Alessandri, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2002, p. 33.
- A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010.

- U. Aloisi, *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. dir. pen.*, 1935, p. 321
- S. Ambrosini, *Commento sub artt. 2403-2406 c.c.*, in G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Commentario al d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6; d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5; d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, Torino, 2004, p. 894.
- S. Ambrosini, *Commento sub art. 2407 c.c.*, in G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti, *Il nuovo diritto societario. Commentario al d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6; d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5; d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, Torino, 2004, p. 972.
- F. Angioni, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, p. 45.
- P. Ardia, *La responsabilità penale dei sindaci di società di capitali per l'omesso impedimento dei reati degli amministratori*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1253.
- S. Ardizzone, *In tema di aspetto suriettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 51.
- F. Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012.
- A. Astrologo, *"Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 449.
- T. Atrigna, *La responsabilità dell'organismo di vigilanza per le violazioni di cui all'art. 52 della normativa AML*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3, 2012, p. 129.
- A. Audino, *Commento sub art. 2394 c.c.*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, p. 843.
- M. Baraldo, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4638.
- R. Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.
- A. Bassi-T.E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006.

- A. Baudino-C. Santoriello, *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 2, p. 59.
- Z. Bauman, *Paura liquida*, Bari, 2008.
- Z. Bauman, *Modernità liquida*, Bari, 2011.
- L. Benatti, *Commento sub artt. 2397-2406 c.c.*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, p. 873.
- L. Benatti, *Commento sub art. 2407 c.c.*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, p. 912.
- A. Bernasconi, *Commento sub art. 6*, in A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 147;
- G. Bettiol-L. Petoello Mantovani, *Diritto penale*, XII ed., 1986.
- L. Bisori, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1339.
- 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, p. 1176.
- R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino, 2010.
- W. Bottke, *Responsabilidad por la no evitacion de hechos punibles de subordinados en la empresa economica*, in S. Mir Puig-D.M. Lunòz Peña (a cura di), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos*, Barcelona, 1996, p. 129.
- F. Bricola, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.
- S. Camaioni, *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia tra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1628.
- A.E. Cammarata, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929.

- I. Campagna, *La responsabilità del direttore sanitario per omesso impedimento dell'esercizio abusivo di professione medica*, in *Giur. it.*, 2013, p. 10
- S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.
- G. Cavalli, *Il collegio sindacale*, in S. Ambrosini (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005.
- F. Centonze, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. Soc.*, 2007, p. 414.
- F. Centonze, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 981.
- 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, p. 109.
- F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009.
- F. Centonze, *La "partnership" pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo societari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, p. 1757.
- 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, p. 317.
- L.D. Cerqua, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 1907.
- L.D. Cerqua, *Responsabilità degli enti: i criteri oggettivi di attribuzione del reato*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, p. 76.
- G. Chiaraviglio, *Concorso omissivo, concorso morale, obblighi di controllo e di impedimento del sindaco di società commerciale*, in *Riv. dott. comm.*, 2007, p. 536.

- 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 *Riv. dott. comm.*, 2012, p. 187.
- P. Chiaraviglio, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri d'impedimento*, in *Le Soc.*, 2010, p. 886.
- F. Cingari, *Presupposto e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 440.
- G. Cognitiona, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 63.
- G. Contento, *Interpretazione estensiva e analogia*, in A. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 5
- L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004.
- G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Torino, 2009.
- A. Crespi, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Jus*, 1957, p. 161.
- A. Crespi, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1147.
- A. Crespi, *Studi di diritto penale societario*, ed. II, Milano, 2010, p. 75.
- A. Crespi, *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal D.Lgs. n. 6/2003*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, p. 1801.
- S. Crimi, *Concorso colposo nel delitto doloso: intersezioni e cointeressenze tra causalità e colpa, violazione dello scopo di protezione della norma, posizioni di garanzia ed orizzonti del principio di affidamento*, in *Riv. pen.*, 2008, p. 1344.
- F. D'Alessandro, *Commento sub art. 40*, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, p. 391.

- F. D'Alessandro, *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario e diritto penale*, Milano, 2012.
- F. D'Alessandro, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, p. 331.
- F. D'Arcangelo, *Il ruolo e la responsabilità dell'organismo di vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 1, p. 70.
- L. De Angelis, *Commento sub art. 149*, in M. Fratini-G. Gasparri (a cura di), *Il testo unico della finanza*, tomo II, Torino, 2012, p. 1995.
- M. De Bellis, *Il peculato commesso mediante omissione dal sindaco di società concessionaria di servizi pubblici*, in *Riv. pen.*, 2007, p. 775.
- S. De Flammis, *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3234.
- G. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004.
- A. De Leonardis, *Linee interpretative in materia di concorso colposo nel delitto doloso*, in *Riv. pen.*, 2012, p. 990.
- E. Del Forno-R. Rovero, *Posizione di garanzia e responsabilità dei vertici aziendali per danni alla salute del lavoratore*, in *Riv. pen.*, 2011, p. 804.
- G. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.
- G. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.
- G.P. Demuro, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1998, p. 845.
- G.P. Demuro, *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1998, p. 815.
- G. P. Demuro, *Il dolo. L'accertamento*, Milano, 2010.
- A. De Nicola, *Commento sub art. 2381 c.c.*, in A. Ghezzi (a cura di), *Amministratori*, in P. Marchetti-L. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005, p. 99.

- A. De Nicola, *Commento sub art. 2392 c.c.*, in A. Ghezzi (a cura di), *Amministratori*, in P. Marchetti-L. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005, p. 545 .
- A. De Nicola, *Commento sub art. 2394 c.c.*, in A. Ghezzi (a cura di), *Amministratori*, in P. Marchetti-L. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005, p. 651.
- L. De Rosa, *Del concorso colposo nel delitto doloso*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 255.
- O. Di Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 634.
- O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, p. 608.
- O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 3.
- A. Di Martino, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 58.
- G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011.
- G. Dodaro, *Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente. Gli orientamenti della giurisprudenza penale (1978-2010)*, in G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011, p. 19.
- M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32.
- M. Donini, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 494.
- M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

- M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione: le Sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 2555.
- M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.
- M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 21 febbraio 2014.
- G. D'Oria, *Discarica abusiva e omesso impedimento del reato altrui*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, p. 105.
- L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993.
- F. Fasani, *La responsabilità penale dei funzionari Arpa per l'omesso impedimento dei reati ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, p. 624.
- S. Ferrari, *Sul concorso colposo del medico psichiatra nell'omicidio doloso di un infermo di mente*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2286.
- G. Ferrarini, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. III, pp. 13 ss.
- A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, ed. XIII, Giessen, 1840.
- G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- G. Fiandaca, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro italiano*, 1988, II, p. 107.
- G. Fidelbo, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Le Soc.*, 2011, 12s, p. 55.
- A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.
- M.F. Fontanella, *L'illegale ripartizione degli utili e delle riserve*, in L.D. Cerqua (a cura di), *Diritto penale delle società*, tomo I, Padova, 2009, p. 287.
- G. Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.

- S. Fortunato, *Doveri e poteri del collegio sindacale nelle società quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 33.
- M. Franzoni, *Le responsabilità civili degli amministratori nelle società di capitali*, in M. Franzoni-F. Galgano-A. Di Pietro-A. Rossi Vannini, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, Padova, 1994, pp. 1 ss
- M. Franzoni-F. Galgano-A. Di Pietro-A. Rossi Vannini, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, Padova, 1994.
- W. Gallas, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg, 1989.
- M. Gallo, *Appunti di diritto penale. Le forme di manifestazione del reato*, vol. III, Torino, 2003.
- A. Garapon, *Juez y democracia*, Barcellona, 1997.
- A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
- A. Gargani, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità dell'intrane: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1061.
- G. Gentile, *"Se io avessi previsto tutto questo". Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.
- F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie*, Padova, 1993.
- F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, p. 620.
- F. Giunta, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2006, p. 597.
- F. Giunta-D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010.
- G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.
- G. Grasso, *Commento sub art. 110*, in M. Romano-G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., 2012, p. 159.

- G. Grasso, *Commento sub art. 113*, M. Romano-G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., 2012, p. 233.
- C.F. Grosso, *I principi di legalità e personalità della responsabilità penale e la causalità omissiva*, in C. De Maglie-S. Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, p. 113.
- A. Gullo, *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005.
- R. Hamilton - J. Macey, *Cases and Materials on Corporations*, St. Paul, 2005.
- G. Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden, 1995.
- R.D. Herzeberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlino-New York, 1972.
- Y.-h. Hsü, *Garantenstellung des Betriebsinhaber zur Verhinderung strafbarer handlungen seiner Angestellten*, Pfaffanweiler, 1986.
- Arm. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.
- F.M. Iacoviello, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3151.
- F. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 463.
- G. Iadecola, *Il problema del rapporto fra responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci*, in *Giust. pen.*, 1995, p. 236
- G. Insolera, (Voce) *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 439
- G. Insolera, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 817.
- M. La Rosa, *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1295.
- I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

- A. Levis-A.Perini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014.
- P. Magnani, *Commento sub art. 2407 c.c.*, in F. Ghezzi (a cura di), *Collegio sindacale controllo contabile*, Milano, 2005, p. 257.
- A. Manacorda, *Responsabilità dello psichiatra per fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni*, in *Foro italiano*, 1988, II, p. 118.
- L. Mandelli, *I sindaci di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, p. 444.
- A. Manna, *La cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2002, p. 501.
- F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337.
- F. Mantovani, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 984.
- F. Mantovani, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 536.
- F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, VIII ed., Padova, 2013.
- M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3.
- G. Marinucci, *La colpa. Studi*, Milano, 2013.
- G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., 2012.
- A. Masia, *Modelli di organizzazione antinfortunistici e posizioni di garanzia, tra vecchio e nuovo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 4, p. 75.

- A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013.
- A. Melchionda, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 47.
- A. Mereu, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 27.
- S. Mir Puig-D.M. Lunòz Peña (a cura di), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos*, Barcelona, 1996.
- P. Montalenti, *Commento sub art. 2381 c.c.*, in G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Commentario al d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6; d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5; d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, Torino, 2004, p. 678.
- P. Montalenti, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. II, Milano, 2006, p. 833.
- P. Montalenti, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42.
- P. Morandi, *Commento sub art. 2381 c.c.*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, p. 664.
- F. Mucciarelli, *La tutela del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società (D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61)*, Milano, 2002, p. 287.
- J. Nagler, *Die problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, Band 111, 1938.
- A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del mercato*, Bologna, 2009.
- A. Nisco, *Compliance e posizioni di garanzia: prime indicazioni dalla giurisprudenza tedesca*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2435.
- T. Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973.

- A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1972..
- F.C. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova, 1979.
- F.C. Palazzo, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in materia penale*, Napoli, 1991.
- F.C. Palazzo, *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema "delicati"*, in *Studium iuris*, 1996, p. 1108.
- F.C. Palazzo (a cura di), *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.
- C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 821.
- C.E. Paliero, *L'autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1220.
- 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, p. 466.
- C.E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società (D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61)*, Milano, 2002, p. 47.
- C.E. Paliero, *La società "punita": del "come", del "perché" e del "per cosa"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1516.
- C.E. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le Soc.*, 2010, p. 476
- C.E. Paliero, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le Soc.*, 2011, 12s, p. 5.

- C.E. Paliero, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, p. 95.
- C.E. Paliero-C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, p. 167.
- I. Palma, *Il concorso di persone nel reato a titoli soggettivi diversi: la Cassazione mette davvero un punto fermo?*, in *Riv. pen.*, 2009, p. 315.
- R. Pannain, (voce) *Omissione di soccorso*, in *Noviss. dig. ita.*, vol XI, 1965, p. 604.
- V. Paone, *Gestione illecita di rifiuti e posizione di garanzia dei funzionari Arpa*, in *Foro it.*, 2010, p. 560.
- C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.
- C. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979.
- C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, p. 1265.
- C. Pedrazzi, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, vol. II, Milano, 2002, p. 1367.
- C. Pedrazzi, *Diritto penale*, Milano, 2003.
- C. Pedrazzi-F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995.
- M. Pelissero, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004.
- M. Pelissero, *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, 2010, p. 359.
- M. Piccardi, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, in *Cass. pen.* 2011, p. 4438.
- M. Pierdonati, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012.

- M. Pierdonati, *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 965.
- C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, Milano, 2004.
- C. Piergallini, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le Soc.*, 2011, 12s, p. 46.
- C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001)*, in *AaVv., Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, cit., p. 2049.
- G. Pighi, *La cassazione e l'incerta autonomia della cooperazione colposa*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 813.
- P. Pisa, *Punibilità della ricettazione a titolo di dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 826.
- N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003.
- N. Pisani, *La struttura dell'illecito e i criteri d'imputazione*, in A. Di Amato-A. D'Avirro (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Assago, 2009, p. 77.
- N. Pisani, *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2009, p. 123.
- S. Prosdocimi, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 415.
- D. Pulitanò, *La responsabilità da "reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2003, 6s, p. 7.
- D. Pulitanò, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Soc.*, 2008, p. 902.

- D. Pulitanò, *I Confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 22.
- M. Raimondo, *La posizione di garanzia del collegio sindacale nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 285.
- O. Ranft, *Das garantispflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung*, in *ZStW*, 1985, p. 268.
- A. Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996.
- D. Regoli, *Gli amministratori indipendenti*, in P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. II, Milano, 2006, p. 383.
- M. Rigotti, *Commento sub art. 2403 c.c.*, in F. Ghezzi (a cura di), *Collegio sindacale controllo contabile*, Milano, 2005, p. 159.
- R. Rinaldi, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 195.
- L. Risicato, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1267.
- L. Risicato, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 132.
- L. Risicato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.
- M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
- M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 393.
- M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004.
- M. Romano-G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, ed. IV, Milano, 2012.

- T.E. Romolotti, *Prove d'ingegneria genetica sull'organismo di vigilanza: il nuovo ruolo previsto dalla normativa antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, p. 87.
- A. Rossi, *Commento sub art. 2392 c.c.*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, pp. 790 ss.
- A. Rossi, *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento e limiti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2111.
- A. Rossi, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2012.
- C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963.
- C. Roxin, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, in *JuS*, 1964, p. 53.
- C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998.
- C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl., München 2006.
- M. Sabatini, *Responsabilità per omesso impedimento dell'altrui fatto criminoso: la Corte di cassazione nuovamente alle prese con i "segnali d'allarme"*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4298.
- V. Salafia, *I sindaci e le relative responsabilità*, in *Le Soc.*, 2014, p. 139.
- N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006.
- N. Selvaggi, *La tolleranza del vertice d'impresa tra "inerzia" e "induzione al reato. La responsabilità penale ai confini tra commissione ed omissione*, Napoli, 2012.
- P. Semeraro, *Il concorso mediante omissione nel reato*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 584.

- S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.
- F. Serraino, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 453.
- P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988.
- F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.
- F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.
- J.M. Silva Sánchez, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004.
- M. Spiotta, *Commento sub art. 2392 c.c.*, in G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Commentario al d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6; d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5; d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, Torino, 2004, p. 762 ss
- F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale : il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975.
- F. Stella, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217.
- F. Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767.
- F. Stella, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003.
- F. Stella, *Il giudice corpuscolariano: la cultura delle prove*, Milano, 2005.
- F. Stella-D. Pulitanò, *La responsabilità dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1990, p. 553.
- P. Stella, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008.
- A. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in materia penale*, Napoli, 1991.

- C. Sotis, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1149.
- N.N. Taleb, *Il cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, Milano, 2008
- P. Tonini, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1225.
- V. Torre, *Posizione di garanzia e obblighi di vigilanza nell'attività del collegio sindacale*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 269.
- L. Troyer, *Il concorso omissivo dei sindaci nel reato di bancarotta fraudolenta impropria*, in *Riv. dott. comm.*, 2005, p. 524.
- O. Vannini, *Concorso nel reato mediante omissione*, in *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milano, 1952, p. 295.
- O. Vannini, *Quid iuris? In tema di concorso di persone nel reato*, Milano, 1952.
- P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in G. Marinucci-E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2003.
- A.L. Vergine, *Lottizzazione abusiva e responsabilità del notaio rogante: le Sezioni unite si pronunciano*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1990, p. 643.
- A. Verrico, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 101.
- G. Vicicone, *Nuovi orientamenti della corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 996.
- F. Viganò, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679.
- F. Viganò, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2013.
- F. Vignoli, *Profili critici della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 2, p. 97.

S. Vinciguerra, *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio (in tema di concorso del custode alla sottrazione di cose pignorate commessa dal proprietario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 307.

T. Vitarelli, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 180.

K. Volk, *Diritto penale ed economia*, in *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998.

K. Volk, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, in F.C. Palazzo (a cura di), *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, p. 189

P.C. Wason, *On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task*, in *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 1960, p. 273.

G. Zamperetti, *Commento sub art. 2394 c.c.*, in G. Cottino-G. Bonfante-O. Cognasso-P. Montalenti, *Il nuovo diritto societario. Commentario al d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6; d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5; d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, Torino, 2004, p. 826.

M. Zecca, *Dalla colpa cosciente al dolo eventuale: un'ipotesi di omicidio e lesioni personali "stradali" in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011.