



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN  
"Comparazione giuridica e storico-giuridica"

CICLO XXIII

COORDINATORE Prof. Diego Arrigo Manfredini

**I DELITTI COLPOSI DI LESIONI PERSONALI  
E OMICIDIO DA INSIDIA STRADALE**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

**Dottorando**  
Dott. Ghezzo Donatello

---

**Tutore**  
Prof. Bernardi Alessandro

---

Anni 2008/2010



## INDICE

Introduzione.....	5
-------------------	---

### CAPITOLO I

#### IL REATO

1. Premessa.....	9
2. I reati omissivi.....	10
3. Distinzioni introduttive: reato omissivo proprio e improprio .....	13
4. Il reato omissivo improprio in generale.....	17

### CAPITOLO II

#### LA CONDOTTA

1. La condotta omissiva.....	21
2. La possibilità materiale di porre in essere l'azione doverosa.....	23
3. La distinzione tra condotta attiva e condotta omissiva attraverso la giurisprudenza.....	25
3.1. I termini del problema.....	25
3.2. Il criterio normativo della regola cautelare violata.....	28
3.3. Il criterio «della reale efficacia condizionante».....	36
3.4. Azione ed omissione in un caso giurisprudenziale.....	38

### CAPITOLO III

#### L'EVENTO E IL NESSO DI CAUSA

1. L'evento.....	45
2. Il nesso di causa.....	46

3.	Il concorso di cause e l'interruzione del nesso causale.....	51
4.	La causalità nelle fattispecie omissive.....	58
5.	Il modello condizionalistico nella causalità omissiva.....	60
6.	Conseguenze sul nesso di causa di una diversa qualificazione della condotta.....	62
7.	Il grado di certezza nella causalità omissiva.....	63

## CAPITOLO IV

### L'OBBLIGO DI IMPEDIRE L'EVENTO

1.	Classificazione introduttiva.....	71
2.	Dall'obbligo di impedire l'evento all'obbligo di garanzia.....	74
3.	Gli obblighi di controllo.....	76
4.	La posizione di garanzia: la possibilità giuridica e materiale di impedire l'evento.....	80
5.	Obblighi di garanzia e obblighi di diligenza.....	83
6.	L'individuazione dell'azione doverosa.....	86
7.	Le fonti dell'obbligo di garanzia.....	89
8.	Le fonti: la legge.....	93
9.	Le fonti dell'obbligo di impedire lesioni personali o morte da insidia stradale: le disposizioni sull'illecito civile extracontrattuale al vaglio dei principi penalistici.....	97
10.	Dal codice civile al codice della strada attraverso il codice penale....	102

## CAPITOLO V

### ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE

1.	Premessa.....	109
2.	La condotta della persona offesa.....	109
3.	Il caso fortuito e la forza maggiore.....	111

4.	La nozione di insidia o trabocchetto alla prova della responsabilità penale.....	121
4.1.	L'insidia nella giurisprudenza civile.....	121
4.2.	L'insidia nel diritto penale.....	126
4.3.	L'insidia stradale quale limite all'obbligo di garanzia.....	127
4.4.	L'insidia stradale ed il nesso di causa.....	130
4.5.	La nuova giurisprudenza: la responsabilità penale si affranca dal modello elaborato in sede civile.....	132

## CAPITOLO VI

### I SOGGETTI

1.	Organizzazioni plurisoggettive.....	139
2.	Figure apicali e posizioni di garanzia.....	142
3.	Qualifiche formali e mansioni effettive.....	145
4.	Garanti e sub-garanti.....	149
5.	La delega di funzioni.....	151
6.	La delega di funzioni negli enti pubblici.....	155
7.	L'ente proprietario della strada.....	157
8.	Competenze e responsabilità nell'ente locale.....	162
9.	La posizione del sindaco nella giurisprudenza.....	165
10.	Il dirigente dell'ufficio tecnico comunale.....	171
11.	Altri soggetti responsabili: l'appalto.....	175
	Bibliografia.....	181



## INTRODUZIONE

Numerosi autori<sup>1</sup> si sono occupati, soprattutto nell'ultimo decennio, della responsabilità civile gravante sui "custodi" delle strade pubbliche per i danni patiti dagli utilizzatori dell'infrastruttura. La dottrina ha approfondito il contesto normativo e soprattutto giurisprudenziale<sup>2</sup> attorno al quale è andato progressivamente configurandosi il diritto dell'utente della strada ad ottenere il ristoro del danno derivante, in termini di causalità materiale, da deficienze strutturali o dall'inosservanza degli standard di sicurezza ovvero, molto più spesso, da carenze manutentive della rete viaria.

Predetti studi hanno interessato sia eventi – indubbiamente più frequenti – con soli danni a cose, sia accadimenti contraddistinti dall'insorgere di un pregiudizio alla vita o all'incolumità fisica.

Assai più limitata risulta all'opposto la trattazione penalistica di tali vicende. Pochi sono, infatti, i contributi dottrinari in materia; quasi mai, peraltro, organici ed esaustivi; più spesso, invece, incentrati su singoli e specifici aspetti della questione. Parimenti, neppure la giurisprudenza di legittimità che ha avuto modo di occuparsi del tema risulta significativamente ampia, anche se non mancano alcune pronunce di particolare interesse tecnico-giuridico.

Muovendo da queste considerazioni, lo studio mira, attraverso un prioritario riferimento alle pronunce giurisprudenziali, ad una trattazione tendenzialmente esaustiva della rilevanza penalistica dell'evento dannoso eziologicamente connesso al modo d'essere, il più delle volte contingente, del luogo pubblico, *in primis* della strada.

Va detto che quantunque la strada sia il principale teatro degli eventi in esame, non mancano ipotesi ed arresti giurisprudenziali riferiti ad altri contesti spaziali di pubblica fruizione che, condividendo un analogo inquadramento giuridico-penalistico, è apparso comunque opportuno richiamare e analizzare nello studio.

---

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, M. BONA, *La responsabilità civile dei custodi delle strade pubbliche. La nuova giurisprudenza di legittimità e di merito*, Milano, 2007, nonché la dottrina citata in nota a p. 42.

<sup>2</sup> La definizione del regime di responsabilità civile dei custodi delle strade pubbliche si è dimostrato particolarmente sensibile all'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia (cfr. M. BONA, *La responsabilità civile*, cit., p. 41 ss.).

Dal punto di vista soggettivo, l'attenzione si concentra sui comuni, quali enti locali proprietario di larga parte della rete viaria e principali attori nel governo e nella gestione degli spazi pubblici urbani. Nell'ambito del centro abitato si registrano peraltro la maggior parte degli eventi pregiudizievoli di interesse dello studio, in ragione, si crede, delle numerose e variabili situazioni ed interazioni che in esso si sviluppano quotidianamente.

Sul versante del danno, vengono in rilievo gli eventi con conseguenze lesive o mortali per la persona offesa e non invece il solo danneggiamento di cose, poiché, come noto, il nostro ordinamento non attribuisce alcuna rilevanza penale al danneggiamento dovuto, come nei casi in esame, a mera colpa.

Va da subito evidenziato che la trattazione penalistica degli eventi di cui sopra non si affranca del tutto dalle disposizioni civilistiche in materia. Le norme sulla responsabilità aquiliana di cui agli artt. 2043 e 2051 del codice civile rimangono difatti protagoniste anche nel contesto del diritto punitivo, segnatamente nell'ambito dei cosiddetti obblighi di garanzia sottesi alla clausola di equivalenza tra azione ed omissione di cui all'art. 40, comma 2, c.p. Anche la giurisprudenza penalistica che si è occupata della materia non è invero ancora riuscita a scrollarsi di dosso taluni condizionamenti concettuali di origine civilistica tra cui, in *primis*, il principio di autoresponsabilità della vittima e con esso tutta l'elaborazione pretoria relativa alla cosiddetta insidia o trabocchetto.

Dal punto di vista soggettivo, il principio di personalità, proprio della responsabilità penale e non già di quella civile, impone al presente studio di addentrarsi nell'organizzazione dell'ente locale proprietario della strada e di indagare all'interno di esso la ripartizione delle funzioni e degli incarichi, così da individuare la persona fisica su cui in concreto grava l'obbligo di garanzia, nonché l'eventuale coinvolgimento concorsuale di altri soggetti appartenenti o meno alla struttura.

Come preannunciato, il lavoro pone in primo piano le pronunce giurisprudenziali: il diritto che vive, quel diritto che lascia il segno non solo sui testi di dottrina e sulle riviste scientifiche, ma ben più concretamente sui protagonisti delle vicende umane. Da questi arresti si è inteso prendere spunto, talvolta con un approccio fortemente critico, talaltra evidenziandone la validità

argomentativa, per approfondire le numerose questioni giuridiche sottese ai fatti in evidenza.

Lo studio fa largo impiego dell'espressione "insidia" in virtù della sua grande capacità di sintesi in relazione alle molteplici ipotesi di pericolo che possono caratterizzare la strada e più in generale i luoghi pubblici. Tuttavia, il ricorso a tale espressioni non può prescindere da una dirimente annotazione terminologica: nella trattazione che segue è ad essa riconosciuto il mero significato atecnico di situazione oggettiva di pericolo da cui scaturisce l'evento dannoso, nulla a che vedere con la nozione di insidia di produzione giurisprudenziale<sup>3</sup> a cui fa riferimento la dottrina civilistica e della quale si darà comunque brevemente conto nel prosieguo.

---

<sup>3</sup> Con il termine "insidia" ovvero "trabocchetto" (quasi sempre impiegati congiuntamente) la giurisprudenza civilistica si riferisce specificamente a situazioni di pericolo occulto, ossia caratterizzate dall'oggettiva non visibilità e dalla soggettiva non prevedibilità del pericolo in questione.



# CAPITOLO I

## IL REATO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. I reati omissivi. — 3. Distinzioni introduttive: reato omissivo proprio e improprio. — 4. Il reato omissivo improprio in generale.

### 1. *Premessa.*

Nella prospettiva penalistica, gli accadimenti in cui l'utente della strada ovvero, più in generale, il fruitore di uno spazio pubblico patisce un pregiudizio alla propria vita od incolumità personale a causa di una deficienza dell'infrastruttura oppure alla carenza di adeguate protezioni o delle prescritte segnalazioni integrano, quantomeno potenzialmente, fattispecie omissive di reati contro la persona, ossia ipotesi in cui la responsabilità del fatto non è addebitata, come avviene ordinariamente, a colui che ha agito per determinarlo, ma, diversamente, a colui che non ha agito per evitarne il verificarsi.

A ben vedere, un'inadeguata, difettosa o inefficiente manutenzione di una strada parrebbe invero evocare il compimento di un'attività e quindi un'azione, benché insufficiente a garantire standard di sicurezza tali da evitare il fatto lesivo poi verificatosi. Ed in effetti, è davvero difficile immaginare che il soggetto preposto alla manutenzione della strada sia rimasto del tutto inerte, omettendo ogni intervento. Non è dunque così improbabile che la sopra prospetta qualificazione del caso in esame in termini di reato omissivo appaia, almeno *prima facie*, affrettata e forse anche erronea.

A tal proposito, il presente studio si prefigge, tra gli altri, l'obiettivo di approfondire il discrimine tra condotte attive ed omissive. In un secondo momento, ciò condurrà a concludere per la preannunciata natura precipuamente omissiva dei reati in esame. Per intanto, tuttavia, l'essenza omissiva dei reati di morte e lesioni personali da insidia stradale è data per acquisita, così da permettere l'approfondimento della struttura dogmatica e l'analisi di alcune

specifiche problematiche proprie delle fattispecie omissive onde avvalorare successivamente l'assunto iniziale.

## 2. I reati omissivi.

Il modello tipico di illecito penale è indubbiamente strutturato attorno ad un'azione<sup>4</sup> che l'ordinamento mira ad evitare, poiché offensiva di un bene giuridico meritevole di tutela. A tal fine la legge penale ne punisce il compimento, a volte presupponendone tacitamente il divieto, altre volte sancendolo in modo espresso<sup>5</sup>. Vi sono tuttavia ipotesi in cui l'ordinamento “piega” il diritto penale a finalità propulsive e non meramente conservative<sup>6</sup>. E' questo il caso delle fattispecie omissive. Con esse, attraverso la minaccia di una punizione in caso di inadempimento, l'agente è “incentivato” a tenere una determinata condotta o, più genericamente, a proteggere attivamente taluni beni giuridici.

Come noto, la rilevanza penale dell'omissione è innanzitutto una caratteristica del passaggio dallo stato liberale a quello solidaristico<sup>7</sup>. L'ordinamento dello stato solidaristico, al contrario di quello liberale che mal tollerava le limitazioni di libertà derivanti da previsioni legislative di obblighi di fare, si riempie di doveri di solidarietà presidiati da sanzione penale, soprattutto in materia tributaria, di assistenza familiare, di istruzione e di mantenimento dei figli. Si abilita così la legge penale ad incidere profondamente sulla sfera di libertà dei singoli attraverso la previsione non più di soli divieti, ma anche di comandi, ossia di obblighi di fare che come tali condizionano fortemente l'ambito di libertà dei singoli. La legittimità di tali obblighi è rinvenuta nel principio di solidarietà di

---

<sup>4</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2006, p. 538.

<sup>5</sup> In questo senso, l'art. 582 c.p. punisce “chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale”, senza premettere che è vietato cagionare lesioni personali a terzi. Diversamente, l'art. 186 del codice della strada stabilisce che “chiunque guida in stato di ebbrezza è punito”, ma precedentemente dispone anche che “E' vietato guidare in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevanda alcoliche”.

<sup>6</sup> E' stato efficacemente affermato che “Mentre il «diritto penale dell'azione» reprime il «male», il «diritto penale dell'omissione» persegue il «bene»”, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2001, p. 137.

<sup>7</sup> In questo senso, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 136.

cui all'art. 2 Cost., teso a garantire il godimento da parte di tutti dei diritti costituzionalmente garantiti<sup>8</sup>.

Ma è ancor di più l'intensificarsi ed il complicarsi dei rapporti tra i vari attori sociali, nonché il diffondersi di tecnologie articolate e complesse, con la conseguente impossibilità di tutelare adeguatamente i beni primari della vita e dell'incolumità personale unicamente facendo ricorso a divieti, a spingere il legislatore (e la giurisprudenza) ad un vieppiù ampio ricorso ad obblighi di agire presidiati da sanzione penale a carico degli inadempienti. D'altro canto – ed è questo il caso dell'utente della strada di cui ci si occupa – l'individuo è sempre più “costretto” ad avvalersi di beni o prestazioni di terzi, esponendosi a rischi dallo stesso difficilmente controllabili poiché *aliunde* determinati. Per la tutela della sua incolumità non è più sufficiente vietarne la lesione mediante azioni offensive, ma è necessario imporre condotte positive tese ad arginare fonti di pericolo che l'interessato non può dominare e delle quali è spesso necessitato a fare uso ed affidamento. Ciò vale in relazione all'utente della strada, ma anche al paziente dell'ospedale, piuttosto che all'operaio sul posto di lavoro.

La responsabilità penale per omissione si presta tuttavia a facili e deprecabili espansioni che, in ragione della sua natura fortemente invasiva della libertà personale, devono essere opportunamente arginate. In questo senso, soccorrono i principi costituzionali che devono informare la materia penale.

Il primo ed imprescindibile limite alla responsabilità penale per omissione è, come noto, rappresentato dal principio di offensività<sup>9</sup>, il quale, unitamente al principio di solidarietà, impedisce che i reati omissivi siano posti a presidio di mere disubbidienze o infedeltà nei confronti dello stato.

---

<sup>8</sup> Estranea all'ordinamento vigente è invece la legittimazione di tali comandi sulla scorta di un mero dovere di obbedienza o fedeltà verso lo Stato proprio invece di altri periodi storici.

<sup>9</sup> Secondo autorevole dottrina (F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 313), il fondamento costituzionale del principio di offensività poggerrebbe sul disposto di cui all'art. 25 Cost., in cui l'uso dell'espressione “fatto commesso” indicherebbe l'evento offensivo e non la mera condotta disubbidiente, nonché su altre argomentazioni di ordine sistematico tra le quali: la distinzione tra la funzione riconosciuta dalla costituzione alla pena e quella attribuita invece alle misure di sicurezza; il riconoscimento della legittimità della limitazione della libertà personale derivante dall'esecuzione delle pene solo a fronte della tutela di interessi costituzionalmente garantiti; il fatto che la funzione rieducativa della pena sottenderebbe necessariamente la realizzazione di un fatto criminoso offensivo di beni costituzionalmente protetti.

Secondo autorevole dottrina<sup>10</sup>, avuto riguardo ai reati omissivi di mera condotta, il principio di offensività imporrebbe che l'illiceità dell'omissione sia formulata ed interpretata in termini di pregiudizio ad un preesistente bene giuridico e non come mera inosservanza della norma comportamentale.

Con riferimento invece alle fattispecie omissive di evento, si deve innanzitutto osservare che l'evento offensivo tipico deriva in realtà da un processo del tutto autonomo rispetto alla condotta omissiva. Tutto ciò determina inevitabilmente una svalutazione del portato offensivo della condotta in questione. Sicché, il principio costituzionale di offensività, per scongiurare pericolose espansioni della portata incriminatrice delle fattispecie omissive, si deve insinuare nell'equiparazione tra omissione non impeditiva e causazione dell'evento, imponendo che essa sia ancorata a tre requisiti: *a*) che il reato commissivo per essere ammesso alla conversione di cui all'art. 40, comma 2, c.p.<sup>11</sup>, sia già un reato di offesa; *b*) che l'obbligo di garanzia in capo al soggetto agente<sup>12</sup> sia concepito in termini solidaristici, ossia sia teso alla protezione di beni realmente necessitanti di una tutela rafforzata per l'incapacità dei rispettivi titolari di proteggerli autonomamente e sia posto a carico di soggetti muniti di effettivi poteri impeditivi; *c*) che la condotta imposta sia unicamente quella idonea ad impedire l'evento offensivo.

Altri principi costituzionali di primaria rilevanza in relazione ai reati omissivi sono rappresentati dall'inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 della Carta Costituzionale, dalla natura personale delle responsabilità penale ed infine dal principio di legalità.

Il principio di inviolabilità della libertà personale impone al legislatore e all'interprete una speciale parsimonia nel configurare ipotesi di responsabilità per omissione. Essi sono tenuti a concepire la responsabilità penale per omissione come eccezionale, atteso che il comando sotteso ad essa incide sulla libertà

---

<sup>10</sup> F. MANTOVANI, *Il principio*, op. ult. cit., p. 330.

<sup>11</sup> Ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"; sull'argomento si rinvia all'ampia trattazione, in termini di condotta, nesso di causa e obbligo di impedire l'evento, di cui ai successivi capitoli.

<sup>12</sup> L'obbligo di garanzia consiste, in estrema sintesi, in un vincolo di tutela tra un soggetto garante e un bene giuridico bisognoso di protezione. Sull'argomento vedi *infra* p. 71.

dell'individuo in modo assai più pregnante che non il divieto posto alla base dell'illiceità di una condotta attiva.

Il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost. impone invece che il soggetto obbligato sia fornito dei poteri necessari per impedire l'evento. Ciò impedisce che la natura meramente normativa e non invece materiale del nesso di causa intercorrente tra la condotta omissiva e l'evento tipico venga a nascondere forme di responsabilità oggettiva o per fatto altrui. Per l'equiparazione tra mancato impedimento dell'evento e causazione, il principio in parola impone dunque che il soggetto obbligato sia fornito di suddetti poteri impeditivi, senza dei quali l'omissione non può essere ritenuta propria dell'soggetto. Inoltre, il principio di personalità, impone, sotto il profilo soggettivo, di verificare l'appartenenza psichica del fatto al soggetto e dunque il rigoroso accertamento dell'elemento soggettivo del reato.

Infine, circa il principio di legalità, va detto che esso riveste un ruolo centrale in relazione alla selezione delle possibili fonti degli obblighi di garanzia. Esso rileva sia in termini di riserva di legge, imponendo – come del resto esplicitato dallo stesso secondo comma dell'art. 40 c.p. – un ineludibile fondamento giuridico formale dell'obbligo di garanzia, sia in termini di requisiti di tassatività dell'interpretazione e determinatezza della fattispecie. In quest'ultimo senso, impone, infatti, che l'azione doverosa sia rigorosamente individuabile e determinata dal legislatore, vale a dire che sia da esso sufficientemente specificata e non lasciata invece al libero arbitrio dell'interprete<sup>13</sup>.

### 3. Distinzioni introduttive: reato omissivo proprio e improprio.

Nel contesto dei reati omissivi – ossia, come detto, di fattispecie criminali punitive del mancato compimento di un'azione che si era invece tenuti a compiere – è innanzitutto utile distinguere le ipotesi nelle quali il reato si consuma con la

---

<sup>13</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 258.

sola omissione della condotta dovuta (unita, ovviamente, per il principio di offensività, alla produzione di una situazione di pericolo concreto<sup>14</sup>), detti reati omissivi propri, da quelle in cui la consumazione del reato pretende che all'omissione consegua anche un certo evento di tipo naturalistico (dannoso o pericoloso), detti invece reati omissivi impropri<sup>15</sup>. I primi, come noto ed ovvio, sono reati di mera condotta, i secondi, invece, reati di evento. Per i primi non si pone quindi il problema dell'analisi del nesso di causa tra omissione ed evento, per i secondi, invece, la questione è di particolare rilievo e merita opportuni approfondimenti per le sensibili differenze rispetto alla configurazione della causalità negli "ordinari" reati di azione<sup>16</sup>.

Nel nostro ordinamento, i reati omissivi di mera condotta (quelli cosiddetti propri), in cui, come ricordato, rileva unicamente il mancato compimento dell'azione comandata, sono configurati sempre in modo espresso attraverso specifiche fattispecie criminali. Esempi in questo senso sono offerti dal rifiuto di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), in cui per l'integrazione del reato è sufficiente che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio abbia indebitamente rifiutato un atto del proprio ufficio; piuttosto che dall'omissione di soccorso (art. 593 c.p.), in cui basta non soccorrere il pericolante, mentre l'eventuale morte di quest'ultimo accede alla fattispecie in termini di circostanza aggravante; oppure, ancora, dall'omissione di referto (art. 365 c.p.), in cui il reato viene in essere per la mera omissione o ritardo da parte del sanitario nel riferire all'autorità giudiziaria la propria opera in casi che possono presentare i caratteri del delitto procedibile d'ufficio.

Diversamente, assai più complessa è la realtà dei reati omissivi di evento (quelli cosiddetti impropri). Prima di tutto perché in essi convivono due diverse tecniche di tipizzazione. Ad alcune fattispecie di parte speciale espressamente strutturate in tal senso – come, ad esempio, quella di cui all'art. 659 c.p. che punisce l'omesso impedimento di strepiti di animali a condizione, però, che ciò

---

<sup>14</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 73.

<sup>15</sup> Quest'ultimi sono a volte denominati anche reati commissivi mediante omissione; ciò a sottolineare, mediante il richiamo alla commissione di un fatto, la modificazione dell'ambiente esterno.

<sup>16</sup> Sul punto vedi *infra* p. 45 ss.

abbia causato disturbo all'occupazione o al riposo delle persone, ovvero agli spettacoli, ai ritrovi o ai trattenimenti pubblici (evento) – si affiancano infatti altre ipotesi frutto invece del combinato disposto tra la clausola generale di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. e talune fattispecie di parte speciale originariamente configurate in termini commissivi. Il disposto di cui all'art. 40, comma 2, c.p., partendo da un evento naturalistico tipico ai sensi di una fattispecie incriminatrice a condotta attiva e facendo leva su di un obbligo giuridico di impedire tale evento altrove configurato in capo a taluni soggetti, dà luogo ad una fattispecie omissiva per inosservanza dell'obbligo in questione. Si crea così una equivalenza tutta normativa tra la condotta naturalisticamente attiva tipizzata nella fattispecie base e la condotta normativamente omissiva resa penalmente rilevante dalla previsione di cui all'art. 40, comma 2, c.p. In tutto ciò il *trait d'union* è rappresentato dall'evento naturalistico<sup>17</sup>.

Quest'ultime ipotesi di reati omissivi, frutto, come detto, del combinato disposto tra la clausola generale di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. e talune fattispecie di natura invero commissiva, sono di fatto ipotesi prive di una previsione legislativa espressa. Tutto ciò introduce una serie di problematiche al contrario estranee ai reati omissivi di evento espressamente codificati dal legislatore<sup>18</sup>.

La rilevanza della questione appena accennata è tale che parte della dottrina giunge a preferire una diversa classificazione dei reati omissivi, non più basata sulla previsione o meno dell'evento quale elemento della fattispecie, ma legata proprio alla tecnica di tipizzazione impiegata dal legislatore. A questo scopo, suddetta dottrina ricorre nuovamente – con deprecabile equivocità – alle etichette “reato omissivo proprio” e “reato omissivo improprio” attribuendo tuttavia loro un significato profondamente diverso. Ecco che dunque, in questa seconda e diversa prospettiva, sarebbero reati omissivi propri quelli configurati in maniera espressa dal legislatore, a prescindere dalla presenza o meno di un evento naturalistico nella struttura della fattispecie, e, al contrario, sarebbero reati

---

<sup>17</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 80.

<sup>18</sup> Le paventate problematiche sorgono in realtà più per la carente formulazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. che non per la mancanza in quanto tale di una espressa previsione legislativa della fattispecie criminale omissiva.

omissivi impropri quelli carenti di tale previsione espressa, ma concepiti sulla scorta del combinato disposto tra la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. e altre fattispecie incriminanti condotte attive<sup>19</sup>.

La categoria dei reati omissivi propri comprenderebbe sia reati di mera condotta che reati di evento, mentre quella degli impropri, nel senso appena accennato, interesserebbe unicamente reati (non tipizzati) di evento, giacché non si rinvencono reati non tipizzati di mera condotta. La citata dottrina sottolinea come attraverso la clausola di equivalenza – “non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo” (art. 40, comma 2, c.p.) – viene in essere una nuova ed autonoma fattispecie di reato, dotata di una spiccata autonomia dogmatica, incentrata per l'appunto sul mancato impedimento dell'evento<sup>20</sup>: non si tratterebbe di una mera forma (omissiva) di manifestazione della fattispecie base (commissiva). A tal proposito si evidenzia come la fattispecie commissiva base sia incentrata su di un divieto che esige dunque un non fare (non cagionare), al contrario il reato omissivo improprio di cui all'art. 40, comma 2, c.p. è imperniato su di una norma di comando, un obbligo di fare, un dovere di agire per scongiurare l'evento.

Ad ogni modo, a prescindere dalle diverse classificazioni operate dalla dottrina, è indubbio che l'evidenziata autonomia delle ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 40 c.p. pone non pochi problemi circa il rispetto del principio di legalità e del suo corollario della sufficiente determinatezza della fattispecie. Si è infatti osservato che gli elementi costitutivi della nuova fattispecie vengono sostanzialmente rimessi all'interpretazione del giudice, al quale spetta, in particolare, il compito di individuare gli obblighi giuridici di impedire l'evento idonei a far insorgere siffatta responsabilità penale omissiva, poiché solo genericamente richiamati dall'art. 40, comma 2, c.p.<sup>21</sup>. In questo modo, è di fatto

---

<sup>19</sup> In questo senso si esprimono principalmente G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 544 e dottrina ivi citata in nota n. 9. Critico invece su tale proposta di classificazione F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 139 che osserva come, per un verso, le tecniche di tipizzazione siano del tutto contingenti e, per altro verso, non sia comunque opportuno attribuire significati diversi alla distinzione tra reati omissivi propri ed impropri poiché ciò sarebbe unicamente foriero di confusione linguistica.

<sup>20</sup> In questo senso, cfr., ancora, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 547.

<sup>21</sup> Cfr. sempre G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 548. Sul punto è stato tuttavia obiettato che talune diversità poste a fondamento della necessità di distinguere nettamente tra fattispecie di omesso impedimento dell'evento *ex* art. 40, comma 2, c.p. e fattispecie

rimessa al giudice la configurazione delle condotte la cui omissione integra davvero la fattispecie incriminatrice.

Questa premessa in merito alla distinzione tra reati omissivi propri ed impropri e sulle problematiche peculiarità delle fattispecie di cui all'art. 40, comma 2, c.p. è resa necessaria dal fatto che la responsabilità penale per la morte o le lesioni dovute ad insidia stradale, oggetto del presente studio, inerisce proprio alla complessa figura dei reati omissivi impropri, in entrambi i sensi sopra illustrati, giacché di evento e senza fattispecie espressa. Le ipotesi delittuose in esame scaturiscono infatti, come si avrà modo di approfondire, dal combinarsi del reato di omicidio colposo *ex art. 589 c.p.* ovvero di lesioni colpose di cui all'art. 590 c.p. con gli obblighi imposti agli enti proprietari delle strade dal codice della strada e dal disposto di cui all'art. 2051 c.c., il tutto passando attraverso l'accennata clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p.

#### 4. *Il reato omissivo improprio in generale.*

Come anticipato, il dato normativo da cui traggono origine le fattispecie omissive improprie è tutto nell'art. 40, comma 2, c.p.: “Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.

La disposizione in questione si lega con le fattispecie di azione legalmente tipizzate ed incriminanti il fatto di aver cagionato un certo evento dando origine

---

espressamente previste nella parte speciale, finanche a ricondurre a siffatta dicotomia la distinzione tra reati omissivi impropri e propri, non sono invero così radicali (cfr. I.LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 6). Secondo quest'ultimo Autore, fermo il fatto che il problema dell'equivalenza tra cagionare l'evento e non impedirlo si pone, ovviamente, solo per le fattispecie di cui all'art. 40, comma 2, c.p., le problematiche relative all'individuazione del soggetto garante interessano invero anche le ipotesi di omesso impedimento espressamente tipizzate, come, ad esempio, nella definizione del soggetto agente “chiunque” che omette di collocare i segnali o i ripari prescritti dalla legge o dall'Autorità ai sensi dell'art. 673 c.p. Ma anche il problema dell'esatta determinazione della condotta omissiva tipica non è prerogativa delle sole fattispecie basate sulla clausola di equivalenza. In alcune ipotesi, la legge penale, benché configuri espressamente la fattispecie omissiva, si limita infatti a sanzionare l'inosservanza di obblighi invero definiti in modo estremamente generico. Anche in questi casi, come nelle omissioni non tipizzate, occorre dunque riferirsi a norme extrapenali al fine di delineare davvero i poteri e i doveri di intervento del garante. Esempi in tal senso sono offerti dalle fattispecie di cui agli artt 437 e 451 c.p. In esse, la definizione in concreto del contenuto dell'obbligo di predisposizione delle cautele e delle difese contro i disastri e gli infortuni sul lavoro pretende di riferirsi alla normativa di settore relativa all'antinfortunistica.

ad una nuova ipotesi di reato – di natura omissiva – incentrata, per un verso, sull'evento e, per altro verso, sull'obbligo giuridico di impedirlo.

Il disposto di cui all'art. 40, comma 2, c.p. pone innanzitutto un problema di individuazione e selezione delle fattispecie commissive che si prestano ad essere convertite in omissive attraverso l'equivalenza tra cagionare un evento e non impedirlo pur avendone l'obbligo giuridico.

La prima e tutto sommato evidente condizione per l'operatività dell'equivalenza disegnata dalla norma in commento consiste nel fatto che la fattispecie omissiva sia un reato di evento, restando dunque escluse tutte le fattispecie di mera azione.

Parte della dottrina<sup>22</sup> ha poi osservato che l'operatività dell'art. 40, comma 2, c.p. sarebbe limitata alle sole fattispecie causalmente orientate, ossia a forma libera. Invero, una tale limitazione non trova affatto riscontro nel dato normativo. Il codice penale italiano concepisce infatti l'omologazione tra condotta attiva ed omissione sulla scorta di un unico requisito, ossia la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento<sup>23</sup>. In assenza di una vera limitazione in tal senso, la tesi dell'applicabilità della clausola di cui all'art. 40, comma 2, c.p. alle sole fattispecie a condotta libera si può giustificare, al più, quale risposta ai timori di una paventata violazione del principio di legalità. Si è infatti prefigurato il rischio che la clausola di equivalenza, aprendo a fonti normative extrapenali anche non legislative, ponga in crisi il principio della riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost. In questo contesto, la dottrina più accorta osserva come la limitazione del campo di operatività della clausola di equivalenza alle sole fattispecie casualmente orientate scongiurerebbe tale rischio atteso che le condotte ivi configurate, espresse in termini di "cagionare" (es. art. 575 c.p.) o "compiere atti" (es. art. 422 c.p.) già comprenderebbero, nella loro "formulazione

---

<sup>22</sup> In questo senso, A. CADOPPI – M. ZANOTTI, *Il reato omissivo*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, p. 66 ss.

<sup>23</sup> Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2006, p. 177. Gli Autori sottolineano come la dottrina che promuove la limitazione del campo di operatività della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. alle sole fattispecie causalmente orientate farebbe implicito riferimento alla cosiddetta clausola di corrispondenza – secondo cui la condotta omissiva deve «corrispondere» alla realizzazione della fattispecie mediante una condotta attiva – che nell'ordinamento tedesco si aggiunge a quella di equivalenza. Tuttavia, predetti Autori osservano criticamente che, per un verso, tale ulteriore clausola è estranea al nostro ordinamento e, per altro verso, anche in Germania, dove presente, non ha impedito di ritenere convertibili in omissive anche le fattispecie a condotta vincolata.

base”, la manifestazione omissiva della condotta. In questo senso, l’obbligo giuridico di impedire l’evento non avrebbe alcun effetto espansivo della fattispecie codicistica, tutt’altro, contribuirebbe a tipizzare la condotta base in origine già omissiva (oltre che attiva)<sup>24</sup>. Si supererebbero così gli accennati dubbi di legittimità dovuti ad una non inverosimile violazione del principio di riserva di legge allorché l’obbligo di impedire l’evento fosse rinvenuto in fonti extralegislative.

Un altro problema, di assoluta centralità nella trattazione dei reati omissivi impropri, è rappresentato dalla necessità, rimessa all’attività dell’interprete, di individuare le norme che integrano l’obbligo giuridico di impedire l’evento attorno a cui ruota l’equivalenza tra cagionare l’evento ed impedirlo.

Nel disciplinare la causalità omissiva ed in particolare nell’introdurre suddetta equivalenza tra causalità attiva e causalità omissiva, l’art. 40, comma 2, c.p. apre il diritto penale ad altre branche dell’ordinamento<sup>25</sup>. Si deve infatti evidenziare che, in base a tale impostazione, ogni qualvolta cagionare un determinato evento (es. la morte di un uomo) costituisce di per sé reato, l’introduzione, in tutt’altro settore dell’ordinamento, di un obbligo (anche piuttosto implicito) di impedire il medesimo evento comporta un’automatica espansione della fattispecie penale. In altri termini, l’inadempimento dell’obbligo in ipotesi introdotto e previsto in altre branche del diritto viene a trovare immediata sanzione nella norma penalistica. La violazione dell’obbligo viene ad essere punito nei medesimi termini del cagionare l’evento, senza che in questo senso serva una specifica previsione normativa. Ciò è tuttavia vero solamente se

---

<sup>24</sup> Cfr. S. BELTRANI, *Corso di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2009, p. 338 ss. Sullo stesso piano altro Autore ha sottolineato che la violazione dell’obbligo di impedire l’evento si configura come una delle possibili modalità esecutive dei reati commissivi a forma libera, rispetto alle quali l’art. 40, comma 2, c.p. opera in termini di norma accessoria (cfr. T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2002, p. 132 ss.).

<sup>25</sup> Sul punto è stato però precisato che “non è consentito assimilare semplicisticamente esigenze di protezione facenti capo alle diverse branche del sistema” (G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 87), poiché gli obblighi di agire presenti nei vari settori dell’ordinamento rispondono in realtà ad esigenze protettive diverse (cfr. anche G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 193). Occorre dunque vagliare la rilevanza penalistica degli obblighi extrapenalistici alla luce delle esigenze proprie della responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento (cfr., ancora, G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 198).

l'evento in questione si verifica realmente, diversamente l'inadempimento rimane il più delle volte nell'ambito del penalmente irrilevante.

E' ovvio, ed emerge chiaramente da quanto appena detto, che la violazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento *aliunde* previsto troverà sanzione penale solamente laddove l'evento abbia rilevanza penalistica, diversamente la risposta dell'ordinamento rimarrà confinata nell'ambito del settore a cui appartiene l'obbligo stesso, con una reazione il più delle volte civilistica o disciplinare. In questo senso, sebbene in forza del disposto di cui all'art. 2051 c.c. sull'ente proprietario della strada gravi (anche) l'obbligo di impedire danni materiali agli utenti (oltre che pregiudizio alla persona), l'eventuale inadempimento di tale obbligo non assumerà rilevanza penale, poiché, in assenza di dolo, il danneggiamento di cose non costituisce reato, neppure se posto in essere con una condotta attiva. In tal caso, l'unica conseguenza dell'inadempimento sarà di natura civilistica, ossia l'obbligo di ristorare il danno, non di certo la comminazione di una pena. La violazione dell'obbligo di cui all'art. 2051 c.c. assumerà invece rilevanza penale laddove si concretizzi nel mancato impedimento della morte di un uomo o della verifica di lesioni personali, atteso che tali eventi sono previsti come reato sulla scorta dei disposti di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

Quest'ultima osservazione permette di sottolineare come gli eventi penalmente rilevanti che si prestano a suddetta equivalenza si sostanziano di fatto nella vita e nell'incolumità personale. L'importanza di tali beni ha infatti spinto il legislatore a delineare la condotta tipica in termini meramente causali (fattispecie a condotta libera o casualmente orientati), ammettendo così la conversione di cui all'art. 40, comma 2, c.p. senza conflitti con il principio di riserva di legge.

## CAPITOLO II

### LA CONDOTTA

SOMMARIO: 1. La condotta omissiva. — 2. La possibilità materiale di porre in essere l'azione doverosa. — 3. La distinzione tra condotta attiva e condotta omissiva attraverso la giurisprudenza. — 3.1. I termini del problema. — 3.2. Il criterio normativo della regola cautelare violata. — 3.3. Il criterio «della reale efficacia condizionante». — 3.4. Azione ed omissione in un caso giurisprudenziale.

#### 1. *La condotta omissiva.*

L'omissione, come noto, è un concetto eminentemente normativo, l'omissione, in quanto tale, in natura non esiste. L'omissione nasce con l'imposizione di un certo agire: senza un obbligo di agire non si potrà avere omissione<sup>26</sup>; senza un obbligo di agire si potrà avere mera inerzia, ma mai omissione. Queste considerazioni, tutto sommato banali, sono valide tanto con riferimento ai reati omissivi propri, nei quali la condotta è già sufficiente ad integrare il reato, quanto a quelli impropri, in cui l'omissione deve essere anche causa dell'evento naturalistico tipico. Tuttavia, per quest'ultimi, l'omissione, oltre che in termini di inosservanza di un comando, può essere definita in termini di causalità. Nei reati omissivi di evento, infatti, condotta e causalità tendono a fondersi: di fatto, la condotta è priva di autonomia e tende a divenire un profilo della causalità. Tutto ciò spiega perché nella manualistica in materia la condotta omissiva è spesso trattata unitamente alla causalità omissiva. D'altro canto, si è già detto come l'omissione sia un concetto eminentemente normativo, elaborato, per quanto attiene ai reati di evento, sulla scorta dell'art. 40, comma 2, c.p. che, a ben vedere, è giustappunto disposizione sul “rapporto di causalità”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. A. CADOPPI – M. ZANOTTI, *Il reato omissivo*, cit., p. 67; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 137; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 108.

<sup>27</sup> In questi termini si esprime lo stesso legislatore nella rubrica dell'art. 40 c.p.

La differente prospettiva in cui è dato osservare e studiare la condotta omissiva – ossia quale inosservanza di un comando oppure quale omessa eliminazione di un fattore di pericolo (che si aveva il dovere di controllare) causativo dell'evento – risulta particolarmente rilevante, come si avrà modo di approfondire, nell'elaborazione di un criterio distintivo per qualificare in termini di azione piuttosto che di omissione alcuni casi concreti piuttosto ambigui<sup>28</sup>.

Altra questione di non poco conto in tema di condotta omissiva attiene alla definizione del comportamento preteso dall'ordinamento per evitare l'integrazione del reato. Nei reati omissivi espressamente preveduti da una disposizione di parte speciale, è la disposizione stessa ad indicare, di volta in volta, gli obblighi comportamentali la cui inosservanza integra la condotta omissiva; diversamente, nei reati omissivi non tipizzati, tali obblighi sono, quantomeno in prima istanza, genericamente richiamati dalla clausola generale di cui all'art. 40, comma 2, c.p. Lo specifico comportamento preteso dall'ordinamento va successivamente ricercato nell'ambito dell'obbligo giuridico a cui fa riferimento la clausola generale<sup>29</sup>.

In questo contesto, il vero problema, proprio dei reati omissivi non tipizzati, è rappresentato dal fatto che di regola nemmeno le fonti (extrapenali) dell'obbligo a cui fa riferimento l'art. 40, comma 2, c.p. identificano con precisione le azioni impeditive pretese. Tali si devono dunque ritenere, di volta in volta, le azioni che, se tenute, avrebbero con certezza o elevata probabilità impedito l'evento, da determinarsi in rapporto alle specifiche situazioni di pericolo e secondo la migliore scienza ed esperienza. In questo senso, per quanto attiene i reati omissivi *ex art. 40, comma 2, c.p.* di natura colposa, tra cui si annoverano le fattispecie illecite di lesioni e omicidio da insidia stradale, l'azione da porre in essere per contrastare tali eventi indesiderati – e dunque per andare esenti da responsabilità penale – è invero definita dalla norma cautelare, la quale

---

<sup>28</sup> Non è raro che in ragione dello stretto collegamento tra le due questioni, il distinguo tra condotta attiva e condotta omissiva sia trattato in termini di distinzione tra causalità commissiva e causalità attiva (in questo senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 183). Occorre tuttavia precisare che in tali contesti la trattazione è spesso tesa ad evidenziare le differenze tra le due forme di causalità in merito a modalità e termini di accertamento; diversamente, in questa sede, la questione su cui ci si intende focalizzare, anche attraverso il diverso atteggiarsi della causalità, attiene alla qualificazione dei fatti concreti in termini di reato commissivo piuttosto che omissivo.

<sup>29</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 1 e 2.

viene a dettare la concreta misura dell'intervento da attuare. Nasce in questo modo l'esigenza di mantenere distinte l'omissione, quale violazione dell'obbligo di agire per evitare l'evento, e la cosiddetta componente omissiva della colpa, ossia la violazione della norma cautelare che introduce le modalità d'azione ritenute più efficaci allo scopo di adempiere proficuamente a predetto obbligo<sup>30</sup>.

Sempre in tema di condotta omissiva, va infine precisato che se l'obbligo di agire grava contemporaneamente su più soggetti, il proficuo adempimento di uno di questi fa venir meno la necessità di attivarsi in capo agli altri e rende dunque penalmente irrilevante la loro eventuale inerzia. Viceversa, laddove l'attivarsi di uno dei coobbligati non impedisca l'evento, tutti i soggetti interessati risponderanno in concorso tra loro dell'illecito omissivo<sup>31</sup>.

## 2. La possibilità materiale di porre in essere l'azione doverosa.

Per aversi davvero una condotta omissiva non è sufficiente l'inadempimento di un obbligo di agire (qui nella declinazione di obbligo di agire per impedire un evento); occorre anche, quale prerequisite implicito della condotta stessa, che il soggetto agente abbia la possibilità materiale di agire nel senso richiesto dalla norma<sup>32</sup>, poiché *ad impossibilia nemo tenetur*<sup>33</sup>.

L'impossibilità di adempiere all'obbligo giuridico può avere origini diversa, purché si tratti di un'impossibilità di ordine materiale. Eventuali impedimenti di carattere intellettuale troveranno infatti adeguato riscontro nell'ambito della colpevolezza<sup>34</sup>.

Suddetta impossibilità materiale è sostanzialmente ricondotta a due ipotesi. La prima attiene all'assenza, in capo all'obbligato, delle necessarie attitudini psico-fisiche. A tal proposito si fa spesso l'esempio del soccorritore che omette di

---

<sup>30</sup> Cfr. A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in Cassazione Penale, 2004, p. 4296 ss.

<sup>31</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., pp. 545 e 546.

<sup>32</sup> In questi termini cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 545.

<sup>33</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 138; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, II, Padova, 1988, p. 814 ss.; G. FIANDACA, *Omissione (diritto penale)*, in *Digesto penale*, VIII, Torino, 1994, p. 551.

<sup>34</sup> Cfr., ancora, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 545.

salvare il bagnante in pericolo perché non sa nuotare. La seconda ipotesi concerne invece l'assenza delle condizioni esterne indispensabili per il compimento dell'azione doverosa. Il caso esemplificativo è qui diversamente rappresentato dall'eccessiva distanza del soccorritore dal luogo dell'intervento.

Le ipotesi di impossibilità materiale appena richiamate e gli esempi normalmente richiamati sottendono fattispecie omissive tipizzate dal legislatore. Quanto agli illeciti omissivi fondati sulla clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. va infatti rilevato che tali ipotesi possono essere assorbite all'interno dell'elaborazione concettuale della cosiddetta posizione di garanzia. Ciò in ragione della natura sostanzialistica del concetto di posizione di garanzia che, ferma la necessità di un obbligo giuridico di agire, pretende per la sua sussistenza la possibilità materiale (e giuridica) di impedire l'evento<sup>35</sup>. Nei reati omissivi tipizzati, proprio perché l'obbligo di agire è espressamente sancito dal legislatore, mancano invece elaborazioni della dottrina "a monte" dell'obbligo stesso. Conseguentemente, i casi di impossibilità materiale di agire non possono che trovare riconoscimento in termini di prerequisite della condotta e più precisamente nell'ambito della *suitas*. L'impossibilità materiale di agire nel senso preteso dall'ordinamento fa in sostanza venire meno la *suitas*, ossia quel minimo di collegamento tra soggetto agente e condotta omissiva necessario per ricondurre quest'ultima all'inerzia del primo. Diversamente, nei reati omissivi *ex art. 40*, comma 2, c.p. è la configurabilità stesa dell'obbligo di impedire l'evento e dunque dell'omissione a pretendere la possibilità materiale di adempiere. In questo caso non si tratta di un problema di appartenenza della condotta omissiva, ma di vera e propria sussistenza.

Avuto riguardo ai reati omissivi di lesioni personali o morte da insidia stradale, le incapacità dell'indagato, in ipotesi professionalmente inadeguato, ovvero, i condizionamenti esterni allo stesso, come, ad esempio, la mancanza di risorse economiche per porre in essere gli interventi manutentivi necessari, oppure ancora, la sussistenza di impedimenti giuridici, mancando, ad esempio, in capo all'interessato i poteri per intervenire efficacemente a tutela dell'incolumità degli

---

<sup>35</sup> Sul punto si veda *infra* p. 76 ss.

utenti della strada<sup>36</sup>, fanno venire meno in radice l'obbligo di garanzia. L'azione doverosa, astrattamente idonea ad impedire l'evento, non è neppure configurabile, poiché – in assenza dell'oggettiva possibilità d'intervento – viene meno lo stesso obbligo di garanzia<sup>37</sup>. Ciò non avviene allorché suddetti impedimenti, pur limitando il margine di azione, non conducano però ad una paralisi totale delle possibilità d'intervento. In tal caso, l'ambito di oggettiva impossibilità verrà a costituire il confine dell'obbligo di garanzia, determinando il limite di quanto è concretamente esigibile dall'obbligato.

### 3. *La distinzione tra condotta attiva e condotta omissiva attraverso la giurisprudenza.*

#### 3.1. *I termini del problema.*

*Prima facie*, in astratto, la distinzione tra azione ed omissione non parrebbe presentare particolari difficoltà: nella prima l'agente pone in essere una condotta attiva che l'ordinamento vieta; nella seconda il medesimo agente non fa ciò che invece avrebbe dovuto fare sulla scorta di una norma giuridica impositiva.

Alla prova dei fatti, però, la qualificazione del comportamento del soggetto agente in termini di condotta attiva piuttosto che omissiva non è affatto immediata. Il tema è in realtà pervaso da ambiguità e fraintendimenti.

Un'ipotesi, spesso richiamata a titolo di esempio anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e su cui vale la pena soffermarsi per approfondire la questione in esame, attiene al caso del medico al quale muore il paziente in cura dopo che egli ha posto in essere una terapia dimostratasi errata e,

---

<sup>36</sup> Quest'ultima ipotesi è espressamente richiamata nell'ambito della cosiddetta concezione sostanziale-funzionale dell'obbligo di garanzia. Sul punto si veda anche *infra* p. 76 ss.

<sup>37</sup> Va detto che, pure per i reati omissivi non tipizzati, la dottrina ha talvolta proposto per l'inquadramento dell'oggettiva impossibilità di intervento nell'ambito della *suitas* qualificando peraltro l'impossibilità in questione nell'ambito della forza maggiore. Cfr. C. LORÈ – P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 408 ss.; D. POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile all'interno delle strutture complesse, con particolari considerazioni per le strutture sanitarie*, nota a *Cass. Pen.*, Sez. IV, 11 dicembre 2002, n. 4827, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 2403 ss.

dunque, omesso di prestare quella salvifica. Nel caso di specie sorge da subito la difficoltà di inquadrare correttamente la condotta del medico, poiché essa può essere differentemente qualificata in termini di azione o di omissione a seconda che si privilegi la circostanza che il sanitario ha, a ben vedere, posto in essere una terapia, ancorché errata e dunque imperita, oppure si metta in evidenza il diverso profilo della condotta del medico relativo all'omessa prescrizione della cura che avrebbe salvato il paziente.

Talvolta la vicenda concreta può peraltro essere resa vieppiù complessa dall'intersecarsi di una pluralità di presunte azioni ed omissioni poste in essere da diversi soggetti tutti in qualche misura coinvolti nella causazione dell'evento<sup>38</sup>. In alcuni casi poi la difficoltà consiste già nell'isolare le condotte realmente rilevanti

---

<sup>38</sup> Il coinvolgimento di più soggetti in relazione al medesimo evento è circostanza piuttosto frequente nel contesto dei reati omissivi fondati sulla clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p., poiché, soprattutto con riferimento ad organizzazioni plurisoggettive come gli enti proprietari delle strade, essa tende a dare accesso a plurime posizioni di garanzia al fine di accrescere la tutela apprestata a favore del bene giuridico esposto alla fonte di pericolo. A volte si tratta di più condotte tra loro indipendenti che si inseriscono quali concause nel processo che determina l'evento (in questo senso, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 26020, in *dejure.giuffrè.it* ampiamente esposta a p. 36 ss.). Più spesso, invece, si tratta di una o più condotte attive causative di una situazione di pericolo poi sfociata nell'evento illecito a cui si aggiunge la violazione, da parte di altro soggetto, dell'obbligo di impedire il medesimo evento rilevante *ex art.* 40, comma 2, c.p. In questi casi l'obbligo impeditivo consiste solitamente in un dovere di vigilanza sulla condotta dei propri subordinati e/o collaboratori e di prevenzione delle situazioni di pericolo che gli stessi potrebbero determinare. Un caso di tal fatta è stato oggetto di una pronuncia del Tribunale di Roma del 14 giugno 2005. Nella vicenda all'attenzione del giudice di merito erano coinvolti il direttore dei lavori di rifacimento della segnaletica orizzontale di un tratto di strada per conto di Anas S.p.A. e il legale rappresentante dell'impresa esecutrice. Gli imputati erano chiamati a rispondere della morte di un motociclista che, nel percorrere la strada oggetto dell'intervento, perdendo il controllo del proprio veicolo a causa dello slittamento degli pneumatici in ragione di uno strato di vernice nera steso dalla ditta esecutrice dei lavori per coprire della segnaletica orizzontale preesistente, impattava con un autocarro proveniente dal senso opposto di marcia. Il giudice ebbe nella circostanza da far propria la tesi dell'accusa secondo cui l'evento mortale andava imputato a titolo di colpa generica e specifica per violazione delle norme del codice della strada e del capitolato Anas ad entrambi gli imputati: al direttore lavori dell'Anas perchè aveva omesso di accertare la qualità dei materiali utilizzati e di verificarne la rispondenza con riferimento alle finalità dell'opera; al legale rappresentante della ditta esecutrice perchè, incaricato del rifacimento della segnaletica orizzontale, ne aveva disposto la ricopertura con vernice non idonea, determinando in tal modo un livello di sdruciolevolezza superiore al limite normativamente stabilito. In punto di diritto, il giudice ebbe ad evidenziare che i presupposti e gli elementi costitutivi della responsabilità dei due imputati erano differenti e dovevano di conseguenza essere valutati separatamente. Il direttore dei lavori dell'Anas era infatti imputato di un reato omissivo improprio, mentre il legale rappresentante della ditta esecutrice era stato chiamato a rispondere del reato di omicidio colposo per aver tenuto un comportamento commissivo. Va tuttavia osservato che tale l'inquadramento giuridico è condivisibile solamente nella misura in cui il legale rappresentante dell'impresa esecutrice dei lavori avesse eseguito personalmente la verniciatura non idonea o ne avesse disposto espressamente l'esecuzione in tal modo; diversamente, anche la posizione di quest'ultimo diverrebbe un obbligo di garanzia a fronte di eventuali iniziative autonome dei propri collaboratori.

dal punto di vista penalistico nell'ambito dei comportamenti complessivamente tenuti dai soggetti in questione<sup>39</sup>.

Le pronunce intervenute sul tema appaiono non di rado ambigue ed imprecise: talvolta è davvero difficile comprendere se la condotta del soggetto agente sia intesa in termini omissivi piuttosto che attivi; talaltra è assai malagevole cogliere il criterio a cui ha fatto ricorso l'organo giudicante per qualificare la condotta del soggetto agente in un senso piuttosto che nell'altro; talaltra, infine, è faticoso afferrare il distinguo tra profili propri della colpa e aspetti che attengono invece alla condotta omissiva.

Il discrimine tra azione ed omissione è invero meritevole di molta più attenzione, poiché pregno di conseguenze. Innanzitutto, solo con riferimento all'omissione l'affermazione di una responsabilità penale pretende il previo accertamento dell'esistenza di un obbligo giuridico di evitarlo *ex art. 40, comma 2, c.p.* La condotta omissiva richieda poi alcune accortezze concettuali supplementari con riferimento all'accertamento della causalità, estranee invece all'accertamento della causalità commissiva. Infine, ancora una volta solo in ipotesi di omissione occorre affrontare il difficile tema del confine tra l'elemento soggettivo della colpa e quello oggettivo della condotta. In tale circostanza è infatti fondamentale distinguere nitidamente dal punto di vista concettuale l'obbligo di impedire l'evento (c.d. obbligo di garanzia), essenziale per la configurazione del reato omissivo, dall'obbligo di diligenza, rilevate, solo in un secondo momento – peraltro tanto nel reato omissivo quanto in quello commissivo – per la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa.

L'inquadramento del fatto in termini di azione piuttosto che di omissione passa certamente per un'indagine fattuale sulla condotta del soggetto agente, ma, ancor di più, per un'attenta analisi del rapporto intercorrente tra questa e l'evento<sup>40</sup>. Quanto al criterio in base al quale procedere alla qualificazione della condotta del soggetto agente in termini di azione piuttosto che di omissione, si

---

<sup>39</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 26020, in *dejure.giuffrè.it*, nonché l'ampia trattazione sul tema *infra* p. 38 ss.

<sup>40</sup> Sul punto si veda il criterio distintivo tra azione ed omissione della cosiddetta reale efficacia condizionante, p. 35 ss.

riscontrano due differenti teorie<sup>41</sup>, entrambe di seguito subito approfondite: un primo orientamento, seguito soprattutto dalla giurisprudenza, fa riferimento ad un criterio distintivo di natura normativa, detto anche “criterio della regola cautelare violata”<sup>42</sup>; mentre, una seconda teoria si richiama ad un criterio naturalistico detto anche “criterio della reale efficacia condizionante”<sup>43</sup>.

### 3.2. Il criterio normativo della regola cautelare violata.

Un primo criterio ancora oggi largamente impiegato dalla giurisprudenza di legittimità per qualificare in termini di azione piuttosto che di omissione la condotta concretamente tenuta dal soggetto agente fa leva sulla natura della regola cautelare da quest’ultimo violata<sup>44</sup>. Il contesto è ovviamente quello dei reati di natura colposa, invero gli unici di interesse per questo studio e i più problematici per la ricostruzione dogmatica del fatto.

Premesso, piuttosto banalmente, che il comportamento omissivo non è solamente quello del tutto privo di azione<sup>45</sup>, ma comprende anche i casi in cui il soggetto pone in essere un comportamento diverso da quello preteso dall’ordinamento, secondo la giurisprudenza che abbraccia suddetto criterio

---

<sup>41</sup> Cfr. G. AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell' evento*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 2797 ss.; C. SALE, *La condotta medica tra azione e omissione*, Nota a *Cass. pen., Sez. IV, 16 giugno (22 luglio) 2011*, Luvàrà, n. 29476, in [http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/1084-la\\_condotta\\_medica\\_tra\\_azione\\_e\\_omissione/](http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/1084-la_condotta_medica_tra_azione_e_omissione/), 2011.

<sup>42</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, vol. I, p. 313. Esempi giurisprudenziali di applicazione del criterio normativo si rinvencono in F. GIUNTA – G. LUBINO – D. MICHELETTI – P. PICCIALI – P. PIRAS – C. SALE, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011, p. 65 ss. e segnatamente: in *Cass. Pen., Sez. IV*, 14 novembre 2007, n. 10795, allorché la Corte qualifica come attiva la condotta del psichiatra che ha sospeso il trattamento farmacologico di un paziente resosi autore di un omicidio; in *Cass. Pen., Sez. IV*, 12 novembre 2008, n. 4107, in cui il Collegio qualifica ancora come commissiva, sia secondo l’approccio normativo che naturalistico, la condotta di due medici che avevano consentito il rilascio del porto d’armi ad un paziente affetto da gravi problemi psichici, il quale si era tolto la vita con un’arma da fuoco, dopo aver colpito quattro passanti, ucciso la propria convivente e una condomina; in *Cass. Pen., Sez. IV*, 6 novembre 2007, n. 840, in cui l’eccessiva somministrazione di un farmaco è stata ritenuta una condotta attiva.

<sup>43</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, p. 962.

<sup>44</sup> Cfr., recentemente, *Cass. Pen., Sez. IV*, 16 giugno 2011, n. 29476 in *dejure.giuffrè.it* e, nello stesso senso, anche se con una significativa apertura a favore del criterio naturalistico della reale efficacia condizionante, *Cass. Pen., Sez. IV*, 29 aprile 2009, n. 26020 in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>45</sup> In questo caso sarebbe peraltro scontato concludere per la natura omissiva della condotta.

laddove la norma cautelare violata ponga un divieto, l'inosservanza di tale divieto darebbe luogo ad una condotta attiva; diversamente, allorché la regola cautelare si traduca in un comando, la sua violazione costituirebbe un'omissione. Sebbene, quantomeno in linea teorica, la distinzione appaia chiara e netta, nella pratica i problemi non mancano affatto.

Il criterio normativo della regola cautelare violata espone innanzitutto l'interprete al rischio di convertire condotte attive in omissive in ragione della cosiddetta componente omissiva della colpa. Accade spesso, infatti, che la regola cautelare sia formulata in termini di comando, ossia prescriva delle cautele che il soggetto deve porre in essere nell'agire per evitare eventi pregiudizievoli. Ebbene, a fronte dell'inosservanza di siffatte norme cautelari, l'accennato criterio distintivo tende a qualificare la condotta negligente sempre in termini di omissione, quand'anche quest'ultima sia stata in realtà naturalisticamente causativa dell'evento. Si faccia l'esempio dell'apertura del coperchio di un pozzetto lungo il marciapiede per la manutenzione di alcuni cavi interrati omettendo di delimitare adeguatamente l'area. In caso di lesioni o morte del malcapitato pedone finito dentro al pozzetto, in base al criterio della regola cautelare violata, trattandosi questa di un comando (delimitare l'area), si dovrebbe concludere per la natura omissiva della condotta incriminata, trascurando così che l'evento è stato in realtà causato dall'apertura del pozzetto (condotta attiva) senza apporre gli opportuni ripari (componente omissiva della colpa).

Al di là dell'insidia data dalla componente omissiva della colpa, v'è da dire che le norme cautelari, proprio per la loro essenza, non appaiono affatto idonee a fungere da parametro di discriminazione tra azione ed omissione. A fronte di un'unica condotta posta in essere dal soggetto agente, le regole cautelari a presidio della diligenza sono infatti molteplici e "fluide". Nell'ambito di un'unica fattispecie colposa (es. cagionare la morte di un uomo) si cumulano quindi numerose disposizioni precauzionali tese ad evitare l'evento, alcune formulate in termini di divieto altre in termini di comando. Non è raro che in tale contesto venga in contemporaneo rilievo l'inosservanza di cautele sia in un senso che nell'altro, con inevitabile ambiguità del ricorso al criterio in esame per qualificare la condotta incriminata. Inoltre, le regole cautelari, poiché non positivizzate (ad

eccezione delle ipotesi di colpa specifica), si prestano con una certa facilità a formulazioni diverse, talvolta in termini di comando, talaltra di divieto<sup>46</sup>. Si pensi all'ipotesi in cui, nonostante un intervento chirurgico per l'asportazione di un carcinoma, il paziente deceda a causa della neoplasia. Si ipotizzi ora che al medico sia addebitato il fatto di aver cagionato colposamente la morte del paziente per essere intervenuto in modo imperito. In tal caso, il capo di imputazione potrebbe essere formulato in due modi diversi: *a)* “per essersi il sanitario limitato ad asportare la zona malata”, in questo caso la norma cautelare sottesa alla responsabilità colposa è formulata in termini di divieto, “nell'intervenire su di un carcinoma non limitarsi ad asportare la zona malata”, conseguentemente, in base al criterio normativo, la condotta incriminata dovrebbe essere qualificata come azione<sup>47</sup>; *b)* oppure “per aver omesso il sanitario di asportato anche la zona esterna alla parte malata”, in questo caso la norma cautelare è strutturata in termini di comando, “rimuovi anche la parte vicina alla zona malata” e, sulla scorta di predetto criterio normativo, la medesima condotta dovrebbe essere qualificata in termini omissivi.

A chiarimento di quanto sin qui illustrato merita richiamare una significativa pronuncia della Corte di Cassazione<sup>48</sup>. In essa si coglie come il fatto di riferirsi alla regola cautelare violata per discriminare tra azione ed omissione conduca a conclusioni poco convincenti ed esponga all'anzidetto rischio di conversione delle fattispecie commissiva colposa in omissiva per via della componente omissiva della colpa.

Il citato arresto attiene ad un medico al quale è stato contestato di aver omesso, in occasione di due controlli mammografici a cui si era sottoposta una sua paziente nell'aprile del 1997 e nel maggio del 1998, di rilevare i chiari sintomi dell'elevato rischio della presenza di un carcinoma mammario e di non aver conseguentemente disposto gli ulteriori e più approfonditi esami tecnici che avrebbero consentito una rapida individuazione del male, con ciò cagionando alla paziente l'aggravamento della malattia dalla quale costei era affetta, provocandole

---

<sup>46</sup> Cfr. C. SALE, *La condotta medica*, cit.

<sup>47</sup> In questo senso si esprime Cass. Pen., Sez. IV, 16 giugno 2011, n. 29476, in *dejure.giuffrè.it*, in precedenza già citata.

<sup>48</sup> Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2005, n. 3380, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 2792 ss. con nota di G. AMARA.

una affezione con incapacità ad attendere alle normali occupazioni superiore ai 40 giorni, nonché esponendo la donna a grave pericolo di vita e ponendo i presupposti per un successivo intervento chirurgico di tipo demolitorio, con conseguente necessità di chemioterapia.

Nel caso in esame il medico non era invero rimasto del tutto inerte, bensì, ritenendo che le microcalcificazioni evidenziate dai referti fossero semplici cisti, non palpabili, di natura benigna, senza alcun rischio di tumori, si era limitato a rinviare la donna ad una successiva visita di controllo di lì ad un anno, senza effettuare invece ulteriori approfondimenti diagnostici, quali l'ago aspirato, per meglio indagare la natura delle cisti.

A fronte della pronuncia di condanna per lesioni colpose per omissione da parte del giudice di prima istanza, la difesa del medico osserva che il comportamento di questi non era stato affatto omissivo, avendo anzi egli disposto controlli periodici di lì ad un anno. Pertanto, secondo i difensori del sanitario, si sarebbe al più potuto discutere in merito alla correttezza della scelta effettuata, ma non imputare a questi un comportamento totalmente inerte e dunque omissivo.

Dalle argomentazioni del giudice di prime cure e da quelle della difesa si colgono due diversi profili della vicenda: il primo, valorizzato dal giudicante, attiene all'omessa somministrazione di idonea terapia; il secondo, strumentalizzato, per contro, dalla difesa, evidenzia il comportamento – attivo, ma imperito – effettivamente tenuto dal medico che ha disposto i controlli periodici.

Il processo al medico prosegue quindi in corte d'appello, dove viene confermata la condanna per condotta omissiva, per giungere poi innanzi alla Corte di Cassazione. Il Supremo Collegio fa proprie le argomentazioni del giudice dell'impugnazione secondo cui, in casi come quello in esame, è difficile determinare l'esatto confine tra causalità omissiva e commissiva dal momento che nel campo della responsabilità medica si è in presenza non di rado di una condotta a base attiva, sulla quale si innestano però condotte omissive che assumono un rilievo preminente sotto il profilo del determinismo causale e che danno razionale spiegazione dell'evento. Secondo il giudice d'appello e quello di legittimità "il medico che si prende cura del malato non tiene evidentemente una condotta omissiva od inerte, ma tuttavia, se omette di compiere, determinate indagini e di

formulare una certa diagnosi, le relative condotte assumono rilievo penale quali omissioni e dovrà farsi applicazione dell'art. 40 c.p., comma 2, ed effettuare una valutazione ipotetica”.

Dopo aver avvalorato a pieno le argomentazioni della corte territoriale e sposato dunque la tesi della natura omissiva della condotta tenuta dal medico, il Supremo Collegio prosegue con alcune considerazioni meritevoli di essere riportate: “E’ al riguardo solo il caso di aggiungere che la distinzione [tra comportamento omissivo e commissivo] non deve essere sopravvalutata, dal momento che è ormai pacificamente riconosciuto che i due tipi di comportamento sono in realtà strettamente connessi e per così dire l’uno speculare all’altro, dato che nel violare le regole di comune prudenza il soggetto non è evidentemente inerte ma tiene un comportamento diverso da quello dovuto; peraltro essi sono sottoposti a regole identiche in ordine all’accertamento della responsabilità e la distinzione attiene soltanto alla necessità, in caso di comportamento omissivo, di fare ricorso per verificare la sussistenza del nesso di causalità, ad un giudizio controfattuale meramente ipotetico (dandosi per verificato il comportamento invece omesso), anziché fondato sui dati della realtà; è dunque evidente che il comportamento omissivo non può essere inteso in senso assoluto, nel senso cioè di ritenerlo sussistente solo nel caso di assoluta mancanza di azione da parte del soggetto, ma è comprensivo anche dei casi in cui il soggetto pone in essere un comportamento diverso da quello dovuto, da quello che sarebbe stato doveroso secondo le regole della comune prudenza, perizia, attenzione”. La Corte conclude poi ribadendo la centralità della regola cautelare nell’analisi della vicenda ed affermando quindi la sua adesione al criterio normativo in esame : “ed infatti è solo con riferimento alle regole cautelari inosservate che può formularsi un concreto rimprovero nei confronti del soggetto e verificarsi, con giudizio controfattuale ipotetico, la sussistenza del nesso di causalità”.

Nel caso di specie, richiamandosi dunque alle regole cautelari violate, i giudici di legittimità qualificano in termini omissivi una chiara ipotesi di terapia errata con omissione di quella salvifica.

Ciò che sorprende è come in una successiva pronuncia<sup>49</sup>, anch'essa relativa ad un caso di terapia errata, i giudici, pur affermando di riferirsi al medesimo criterio distintivo tra azione ed omissione, giungano però a conclusioni opposte, qualificando questa volta la condotta del medico in termini di azione.

La vicenda in questo caso è quella di un medico neurologo tratto a giudizio per aver colposamente cagionato la morte di un paziente in cura presso di lui per una sindrome depressiva a causa di un sovradosaggio dei farmaci somministratigli. La Corte, ribadita la sua adesione al «criterio normativo della regola cautelare violata» e confermato dunque che la distinzione tra causalità attiva ed omissiva sarebbe dipesa unicamente dal fatto che ad essere violato fosse stato un divieto piuttosto che un comando, precisa però di essere consapevole del fatto che “nella responsabilità professionale medica (ma non solo) viene frequentemente ritenuta omissiva una condotta che tale non è”. Precisando poi che “sono ben pochi i casi nei quali la condotta cui riferire l'evento dannoso è chiaramente attiva (il chirurgo ha inavvertitamente tagliato un vaso durante l'intervento) o passiva (il medico ha colposamente ommesso di ricoverare il paziente). Nella stragrande maggioranza dei casi sono presenti condotte attive e passive che interagiscono tra di loro rendendo ancor più difficile l'accertamento della natura della causalità”.

Con specifico riferimento al rischio di conversione di condotte attive in omissive, i giudici di legittimità giungono poi ad affermare con cristallina puntualità che “E' peraltro necessario evitare di confondere tra il reato omissivo e le componenti omissive della colpa”. A ciò tuttavia fa seguito una presa di posizione che appare da subito troppo netta e frettolosa per non scontrarsi con il variegato mondo degli accadimenti concreti: “i casi del medico che adotta una terapia errata (e quindi omette di somministrare quella corretta) o che dimette anticipatamente il paziente (e quindi omette di continuare a curarlo in ambito ospedaliero) non rientrano nella causalità omissiva ma in quella attiva”<sup>50</sup>.

Probabilmente condizionata dal timore di indebite trasformazioni in omissive di condotte invero attive, la Corte di Cassazione assume, dunque, con riferimento alla somministrazione di una terapia errata, una posizione piuttosto

<sup>49</sup> Cass. Pen, Sez. IV, 6 novembre 2007, n. 840, in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>50</sup> Questa affermazione si ritrova in numerose sentenze in tema di colpa medica.

rigida che se applicata al precedente caso del ginecologo che aveva posto in essere controlli mammografici superficiali ed insufficienti avrebbe dovuto condurre ad accogliere la tesi della difesa e a qualificare la condotta del medico in termini di azione piuttosto che di omissione.

In effetti in entrambi i casi si tratta di medici che hanno posto in essere errati processi diagnostici e terapeutici e in entrambi i casi i giudici di legittimità affermano di volersi riferire al criterio distintivo della regola cautelare violata. Conseguentemente, consistendo tale regola nel dovere di porre in essere la terapia necessaria e dunque in un comando, in ambedue le pronunce in esame le condotte incriminate avrebbero dovuto esser qualificate in termini omissivi. In realtà, le conclusioni a cui giungono i due arresti sono diametralmente opposte, nel caso della paziente affetta da carcinoma mammario la Corte qualifica la condotta come omissiva, al contrario, nel caso del paziente affetto da depressione i giudici concludono per la natura attiva della condotta incriminata.

E' evidente che l'assunto promosso dalla sentenza relativa alla morte da sovradosaggio farmacologico, secondo cui a fronte di una terapia errata (e quindi dell'omessa somministrazione di quella corretta) la condotta incriminata sarebbe sempre di tipo commissivo non è affatto condivisibile. In realtà, la condotta attiva del medico che adotta una terapia errata, omettendo di somministrare quella corretta, non sempre è in rapporto causale con il progredire della patologia. In molti casi, infatti, la condotta del sanitario lascia, più semplicemente, che le cose procedano per loro conto<sup>51</sup>. Si limita cioè a non impedire l'evento che aveva l'obbligo giuridico di impedire, commette quindi un'omissione.

V'è da dire che, trascurando il fatto che la Corte afferma in entrambi i casi di riferirsi al criterio normativo della regola cautelare violata salvo poi giunge a conclusioni diametralmente opposte quanto alla qualificazione della terapia errata, il risultato finale a cui pervengono i giudici in ambedue i casi è certamente condivisibile. Nella vicenda del 2007 infatti, la terapia erroneamente somministrata dal medico non si era limitata a lasciare che la malattia facesse il suo corso, come era invece accaduto per il carcinoma mammario diagnosticato tardivamente, ma aveva determinato la morte del soggetto a causa del

---

<sup>51</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pre-art. 39-40.

sovradosaggio farmacologico. In quest'ultimo caso, la terapia errata era dunque stata la vera causa dell'evento, poiché il soggetto era morto in ragione dei sovradosaggi e non del progredire dell'originaria patologia non curata; al contrario, nel caso del carcinoma mammario, l'evento è la conseguenza della malattia in quanto tale e il medico, con l'errata terapia, si è limitato a non curarla.

Le incongruenze che emergono dal raffronto delle due pronunce appena esaminate fanno insorgere il sospetto che la Corte di Cassazione, se per un verso si ostina a non voler riconoscere l'inidoneità del criterio della regola cautelare violata a distinguere tra azione ed omissione e continui dunque a promuoverlo, per altro verso operi invero la qualificazione della condotta in base ad logiche diverse poi non esplicitate. Il criterio della regola cautelare violata viene così ad essere una giustificazione adattata *ex post* a qualificazioni diversamente ottenute.

La diagnosi e la terapia possono invero essere errate in due sensi: possono incidere sul decorso eziologico causando o anticipando l'evento penalmente rilevante (in questo caso si tratta di condotta attiva) oppure possono limitarsi a lasciare che le cose procedano per loro conto, ossia essere del tutto ininfluenti al pari di una completa inerzia. In quest'ultimo caso, a fronte di un obbligo giuridico di impedire l'evento, si concretizza senza dubbio un'omissione. Ebbene, la prima ipotesi corrisponde al caso della morte dovuta al sovradosaggio farmacologico, mentre la seconda a quello del ginecologo che non ha rilevato e curato come avrebbe dovuto il carcinoma mammario. Solo in questi termini, ossia con riferimento al processo eziologico, si può cogliere la vera differenza tra azione ed omissione e si riescono a spiegare gli assunti apparentemente divergenti (da un lato la terapia errata è intesa come omissione, dall'altro come azione) delle due pronunce analizzate.

Per completezza non va sottaciuto come, nella decisione relativa al sovradosaggio farmacologico, la Corte apra, invero, ancorché in termini dubitativi, alla teoria della cosiddetta «reale efficacia condizionante» quale criterio dirimente tra azione ed omissione. Ad un certo punto il Supremo Collegio afferma, infatti: “Al più potrebbe ritenersi condivisibile il più recente orientamento secondo cui, nell'ambito della responsabilità medica, avrebbe natura commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del

paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi sarebbe invece omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente”<sup>52</sup>. Tuttavia, i giudici non oprano alcuna applicazione concreta di quest’ultima osservazione, continuando invece a motivare la propria decisione con riferimento unicamente al criterio della regola cautelare violata.

### 3.3. Il criterio «della reale efficacia condizionante».

In risposta all’equivocità e all’incapacità risolutiva del «criterio normativo della regola cautelare violata» la dottrina più accorta<sup>53</sup>, timidamente seguita da alcune sentenze di legittimità<sup>54</sup> ha promosso un nuovo e diverso criterio distintivo di tipo naturalistico, definito, come preannunciato, «criterio della reale efficacia condizionante». Si abbandona l’inappagante riferimento al tipo di regola cautelare violata e si ha riguardo alle modalità in cui le cose in *rerum natura* si sono effettivamente svolte<sup>55</sup>. Sulla scorta di questo criterio, la condotta sarà qualificata come attiva allorché il processo causale sia stato avviato dal soggetto agente, il quale pone in essere l’azione pericolosa causativa dello specifico evento lesivo<sup>56</sup> (es. recisione dell’arteria nel corso di un intervento chirurgico), o sia stato comunque da lui accelerato (es. sospensione dell’insulina al paziente diabetico); al contrario, andrà ritenuta omissiva laddove il processo causale sia già in corso e il soggetto – su cui deve ovviamente gravare un obbligo di garanzia – non sia intervenuto per bloccarlo o rallentarlo (es. omessa diagnosi di un tumore, omessa

---

<sup>52</sup> Esattamente negli stessi termini, si esprime anche Cass. Pen., Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 26020, in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>53</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 183 e 184; nonché, più di recente, C. SALE, *La condotta medica*, cit.

<sup>54</sup> L’applicazione del criterio naturalistico in giurisprudenza è stato piuttosto raro, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, in *Guida al diritto*, 2008, n. 17, pp. 89 e 90, nonché n. 18, p. 99.

<sup>55</sup> Pratica che in realtà la Cassazione ha seguito anche nelle due pronunce illustrate, benché abbia poi inteso giustificare le proprie conclusioni in base al criterio normativo.

<sup>56</sup> L’assunto è vero anche se l’azione pericolosa è consentita dall’ordinamento (es. attività industriale o circolazione stradale) e gravata da obblighi di diligenza. Eventuali omissioni riferibili all’obbligo di diligenza non trasformano la condotta attiva in omissiva, poiché si tratta di meri obblighi di attivarsi che non assurgono ad obblighi di garanzia rilevanti *ex art. 40, comma 2, c.p.* Sul punto si veda *infra* p. 71 ss.

diagnosi di un infarto). La condotta continuerà ad essere di natura omissiva anche se di fatto l'agente non è rimasto completamente inerme, ma ha in qualche misura agito in modo tuttavia inidoneo rispetto all'azione pretesa dall'ordinamento, a condizione che, ovviamente, la sua azione non abbia contribuito a determinare il pericolo sfociato poi nell'evento<sup>57</sup>.

In relazione al medesimo soggetto agente, causalità attiva ed omissiva e con esse condotta attiva e condotta omissiva sono alternative tra loro<sup>58</sup>. Secondo la richiamata dottrina: *a*) si è sempre in presenza di una causalità/condotta attiva allorché il soggetto agente ponga in essere un'azione causativa dell'evento. In queste ipotesi, vanno evitate errate trasformazioni della condotta attiva in omissione sulla scorta degli obblighi di diligenza che la presidiano, quest'ultimi non assurgono mai a obblighi di garanzia, traducendosi invece in meri obblighi di attivarsi. Tutto ciò è vero anche se il relativo obbligo di diligenza è espressamente previsto e sanzionato dalla legge<sup>59</sup>; *b*) si avrà causalità/condotta omissiva nelle ipotesi in cui il soggetto agente rimanga del tutto estraneo al processo eziologico e sia previamente gravato dall'obbligo di impedire l'evento di cui all'art. 40, comma 2, c.p. Ciò anche se l'interessato ha di fatto tenuto una condotta attiva non corrispondente però all'idonea azione impeditiva, purché tale condotta non integri l'ipotesi precedente, non si inserisca cioè nel processo eziologico determinando o accelerando il verificarsi dell'evento, altrimenti prevarrà la causalità attiva. In questo senso, il medico risponde di omissione, non solo quando rimane inerte,

---

<sup>57</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, in *dejure.giuffrè.it* secondo cui ha natura commissiva la condotta del soggetto che ha introdotto nel caso concreto un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi; è invece omissiva la condotta dell'agente che non abbia contrastato un rischio già presente nella situazione fattuale. Nel medesimo arresto il giudice di legittimità ha poi tenuto a precisare che l'elemento di rischio introdotto dall'agente nella serie causale deve aver avuto effettiva efficacia causale nel decorso eziologico non essendo sufficiente – per trasformare la causalità omissiva in commissiva – l'introduzione di un fattore eziologicamente irrilevante (si fa a tal proposito l'esempio del medico che omette di ricoverare il paziente poiché non diagnostica la grave patologia da cui è affetto, ma che nel contempo agisca somministrandogli un blando analgesico: quest'ultima condotta non trasforma la causalità omissiva in causalità commissiva, atteso che la causa della morte è e rimane la patologia non efficacemente contrastata e non la somministrazione dell'analgesico).

<sup>58</sup> Si ammette invece il concorso di cause attive ed omissive in ipotesi di concorso di persone nel reato o di più condotte indipendenti, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 26020, in *dejure.giuffrè.it* e ampiamente trattata nel paragrafo seguente.

<sup>59</sup> Numerosi obblighi di diligenza in materia di circolazione stradale trovano, ad esempio, espressa sanzione nel vigente codice della strada.

omettendo qualsiasi terapia, ma anche quando prescrive una terapia inidonea, ma non pericolosa<sup>60</sup>.

Le conclusioni appena raggiunte, benché riferite al campo medico, sono di assoluta utilità anche nell'ambito dei reati oggetto del presente studio. Spesso si pone infatti il problema di una corretta qualificazione delle condotte tenute dagli operatori dell'ente preposto alla gestione della strada allorché questi non rimangano del tutto inattivi, ma pongano invece in essere una manutenzione o una vigilanza insufficiente, non ripristinando, ad esempio, efficacemente una buca sul selciato. Nell'esempio, la condotta attiva e negligente del personale dell'ente non è la vera causa dell'eventuale infortunio del malcapitato pedone, poiché l'evento è stato invero cagionato dalla mera presenza della buca a sua volta dovuta a fattori naturali estranei all'azione dell'uomo. La condotta incriminata avrà dunque natura omissiva e consisterà nel non aver ripristinato l'asfalto pur avendone l'obbligo. Nessun rilievo avrà invece in questo senso l'intervento manutentivo imperito.

#### 3.4. Azione ed omissione in un caso giurisprudenziale.

La qualificazione in termini di azione piuttosto che di omissione della condotta e ancor prima la sua corretta individuazione di fronte alla pluralità di soggetti e alla complessità dei comportamenti che spesso caratterizzano gli accadimenti sono aspetti di estrema rilevanza concreta da cui possono dipendere le sorti dell'azione penale. Di tutto ciò ne è un esempio impareggiabile la pronuncia della Suprema Corte, Cass. Pen., Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 26020, che per questo merita di essere qui ampiamente richiamata. In essa si colgono sia le rilevanti ricadute pratiche conseguenti alla qualificazione della condotta, sia le difficoltà spesso riscontrate nell'isolare le condotte penalmente rilevanti. Solo laddove la condotta sia ritenuta di natura omissiva occorrerà ricercare e rinvenire

---

<sup>60</sup> In questo senso C. SALE, *La condotta medica*, cit. L'Autore, nel preferire il criterio naturalistico e dunque il profilo causativo dell'evento, evidenzia come tale criterio prescinda "dalla manipolabile qualificazione quale divieto o quale comando della regola violata" e prescinda altresì "da ciò che avviene fisicamente, cioè agire o stare inerti".

un previo obbligo giuridico di impedire l'evento, in assenza del quale il soggetto andrà in ogni caso esente da responsabilità.

La vicenda posta all'attenzione della Suprema Corte coinvolge Tizio e Caio, dipendenti dell'Enel, che nel riattivare una linea elettrica dopo lo spostamento di uno dei pali di sostegno del cavo, collegano al contatore due monconi di filo terminanti con altrettanti spine femmina. Ad una di tali spine viene innestato un lungo cavo nero a sua volta collegato all'impianto elettrico di una abitazione mediante una rudimentale giunzione eseguita con del nastro isolante. Della stesura del cavo se ne occupano Mevio e Filano, elettricisti dipendenti di una ditta del settore, mentre la rudimentale giunzione con il nastro isolante è materialmente effettuata dal loro titolare Sempronio. A distanza di pochi giorni, toccando la leva dell'impianto idraulico che fornisce l'acqua alla casa, uno sfortunato operaio muore folgorato. La morte è dipesa da una dispersione di energia elettrica le cui cause sono state individuate dai consulenti tecnici: *a)* nella giunzione effettuata da Sempronio in modo assolutamente improvvido e scorretto con l'uso di un nastro adesivo isolante inadeguato che ha consentito al filo portatore di tensione di venire a contatto con la massa metallica poi attinta dalla persona offesa; *b)* nell'omessa installazione ad opera dei dipendenti dell'Enel, Tizio e Caio, di un salvavita che in presenza della dispersione di elettricità cagionata dall'inadeguata giunzione avrebbe immediatamente interrotto il circuito evitando la folgorazione della giovane vittima.

Ferma la responsabilità di Sempronio per il maldestro collegamento e quella dei due tecnici Enel per aver predisposto le due spine femmina senza installare un salvavita, tutti ritenuti responsabili in termini di condotta attiva colposa, ciò che qui interessa sono le conclusioni assolutamente divergenti a cui giungono il giudice di prime cure e quello d'appello in merito alla responsabilità penale e ancor prima alla qualificazione della condotta dei due dipendenti della ditta di Sempronio, ossia dei due elettricisti che hanno steso e collegato il lungo cavo nero ad una delle due spine femmina mentre lo stesso sempronio congiungeva (malamente) l'altro capo all'impianto della casa.

Il primo giudice qualifica la loro condotta come omissiva e gli assolve, ritenendo, per un verso, che la giunzione inidonea all'impianto della casa fosse stata materialmente eseguita dal loro datore di lavoro e, per altro verso, che gli stessi, anche se si fossero resi conto dell'inadeguatezza del collegamento e della mancata installazione del salvavita, non avevano alcun obbligo giuridico di impedire il verificarsi dell'evento. Il giudice di prime cure individua quindi la condotta penalmente rilevante dei due elettricisti nel non essersi avveduti dell'inadeguatezza della giunzione e della mancanza del salvavita, qualifica, come detto, le condotte in questione in termini omissivi e ne esclude, infine, ogni rilevanza penale per l'insussistenza di un obbligo di garanzia in capo agli stessi. In questo senso, il giudice ha apparentemente fatto corretta applicazione del criterio normativo della regola cautelare violata, atteso che essa consisteva in due comandi: verificare la presenza del salvavita e verificare l'idoneità dell'allacciamento.

In termini assolutamente diversi, la corte d'appello, invece, individua la condotta dei due elettricisti davvero rilevante ai fini del giudizio nella stesura del lungo cavo nero ed osserva che sebbene la giunzione con il nastro isolante che ha determinato la dispersione di corrente sia stata materialmente eseguita dal loro titolare, gli stessi hanno provveduto all'innesto del lungo cavo nero in una delle due spine femmina predisposte dall'Enel, senza verificare, pur potendolo, la mancanza del salvavita. La condotta viene così qualificata in termini di azione e la mancata verifica del salvavita non rappresenta più, a differenza del primo grado, un'omissione irrilevante per l'assenza dell'obbligo di garanzia, ma una violazione dell'obbligo di diligenza su cui si fonda la colpa commissiva.

Secondo la corte d'appello, infatti, "andava escluso che, nel caso in esame, la causalità avesse carattere omissivo in quanto l'evento si era verificato non per una omissione ma per una condotta attiva e a questa condotta avevano partecipato, ponendo in essere segmenti diversi dell'azione, tutti gli imputati la cui condotta era da ritenere posta in essere in violazione regole cautelari del caso."

Nel giudizio di legittimità, la difesa degli imputati censura la pronuncia d'appello per aver qualificato la condotta di questi ultimi in termini commissivi

colposi piuttosto che omissivi come, a loro dire, aveva invece correttamente provveduto il giudice di prime cure.

Il Supremo Collegio respinge la tesi dei ricorrenti e conferma la correttezza della pronuncia d'Appello. Per i Giudici di legittimità le condotte penalmente rilevanti poste in essere da Mevio e Filano, i due dipendenti della ditta di Sempronio, vanno individuate nell'aver predisposto il collegamento tra le spine posizionate dall'Enel e la giuntura realizzata dal proprio datore di lavoro, senza valutare che per la mancata predisposizione del salva vita l'impianto poteva rappresentare una fonte di grave pericolo.

Dalla sentenza in esame – soprattutto in ragione delle diverse posizioni assunte dal giudice di prime cure e dalla corte d'appello – emerge l'importanza di addivenire ad una corretta qualificazione della condotta con un *iter* motivazionale adeguato. Su quest'ultimo profilo, l'arresto in questione non va esente da critiche. Sebbene si assista infatti ad una certa apertura a favore del criterio naturalistico, la Corte di Cassazione continua a rimanere legata a quello normativo.

Nel trattare il rapporto tra causalità attiva ed omissiva la Corte premette che “in astratto, la distinzione tra causalità commissiva e causalità omissiva è del tutto chiara: nella prima viene violato un divieto nella seconda è un comando ad essere violato”. Dopodichè, avverte che “Non sempre agevole è però la distinzione in concreto tra le due forme di causalità”.

Sul punto il Collegio evidenzia che: *a)* “Nella stragrande maggioranza dei casi sono presenti condotte attive e passive che interagiscono tra di loro rendendo ancor più difficile l'accertamento della natura della causalità”; *b)* “È peraltro necessario evitare la confusione tra il reato omissivo e le componenti omissive della colpa: i casi dell'agente che pone in essere una condotta attiva colposa omettendo di adottare quella diligente (per es. il medico che adotta una terapia errata e quindi omette di somministrare quella corretta o che dimette anticipatamente il paziente e quindi omette di continuare a curarlo in ambito ospedaliero) non rientrano nella causalità omissiva”, bensì in quella attiva<sup>61</sup>.

Sulla scorta di suddette difficoltà emergenti in sede di applicazione concreta del criterio strettamente normativo, la Corte apre al più appagante

---

<sup>61</sup> Per la Corte la vera omissione è solo quella in cui il medico omette del tutto di curare il paziente o che rifiuta di ricoverarlo.

criterio naturalistico ed afferma “Può peraltro ritenersi condivisibile il più recente orientamento dottrinale secondo cui, nell’ambito della responsabilità medica, avrebbe natura commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi; sarebbe invece omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente. Principi che possono essere agevolmente estesi a settori della responsabilità diversi da quella medica”.

In conclusione, per la Corte “non possono esservi dubbi sulla natura commissiva della causalità nel caso in esame” . Tuttavia, proprio nell’affermare ciò il giudice di legittimità rimane ancora in qualche misura “impigliato” nel criterio normativo ed afferma: “Gli odierni imputati non hanno violato un comando omettendo di intervenire in un caso che richiedeva la loro attivazione ma hanno violato il divieto di operare in modo incongruo in un impianto elettrico caratterizzato da elevato rischio per l’incolumità delle persone” (hanno predisposto il collegamento con il cavo parimenti omettendo di valutare che, senza la predisposizione del salva vita, l’impianto poteva costituire fonte di grave pericolo). Infine, la Corte termina ritornando nuovamente al criterio naturalistico “E, anche richiamando il più recente orientamento dottrinale ricordato, può affermarsi che gli agenti abbiano introdotto nel quadro della situazione di pericolo già presente un ulteriore fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi. Si badi, non si tratta di un riferimento alla non condivisibile (e ormai ampiamente superata) teoria dell’ aumento del rischio ma di una ricostruzione che tiene conto della introduzione di un fattore causale che ha certamente cagionato, o contribuito a cagionare, l’evento”.

La sentenza appena richiamata è un’utile esempio delle difficoltà che in concreto si riscontrano nell’individuare le condotte penalmente rilevanti e nel qualificarle correttamente. Il problema si pone con una certa frequenza anche nell’ambito della gestione delle strade e dei possibili pregiudizi che difetti manutentivi o interventi imperiti possono arrecare agli utenti. La pluralità di soggetti ed enti, la molteplicità di competenze che si intersecano tra loro, nonché l’estrema varietà di interazioni che si possono verificare sulla strada fanno sì che spesso la prima difficoltà con cui ci si scontra consista proprio nell’individuazione

dei soggetti e delle condotte rilevanti e nella loro qualificazione. In quest'ultimo senso, il riferimento al reale procedimento eziologico che ha portato allo specifico evento incriminato appare davvero dirimente.



## CAPITOLO III

### L'EVENTO E IL NESSO DI CAUSA

SOMMARIO: 1. L'evento. — 2. Il nesso di causa. — 3. Il concorso di cause e l'interruzione del nesso causale. — 4. La causalità nelle fattispecie omissive. — 5. Il modello condizionalistico nella causalità omissiva. — 6. Conseguenze sul nesso di causa di una diversa qualificazione della condotta. — 7. Il grado di certezza nella causalità omissiva.

#### 1. *L'evento.*

I reati di omicidio e di lesioni da insidia stradale appartengono alla categoria dei reati di evento. Essi sono infatti il frutto del combinato disposto tra la clausola di conversione di cui all'art. 40, comma 2, c.p. e le ipotesi delittuose di omicidio oppure di lesioni personali, ossia, come noto, figure paradigmatiche di reati di evento. D'altro canto, si rammenterà come la citata clausola di conversione operi propriamente con riferimento ai soli reati di evento.

Il concetto di evento sotteso ai reati in esame è quello naturalistico, ossia il risultato esteriore causalmente riconducibile all'azione umana<sup>62</sup>. Si rende quindi necessario sviluppare il tema del nesso causale tra la condotta – in questo caso problematicamente di natura omissiva – e l'evento (morte ovvero lesioni personali).

Tuttavia, nel contesto dei reati di natura colposa, come quelli in esame, l'evento rileva anche per un secondo profilo. La dottrina ritiene infatti che quest'ultimo debba concretizzare esattamente quel rischio che la norma cautelare violata mirava a scongiurare<sup>63</sup>. Solo in questi termini l'evento lesivo potrà essere oggettivamente attribuito al soggetto agente che non lo ha invero voluto, bensì causato proprio in forza della violazione della regola cautelare<sup>64</sup>. Si faccia a tal

---

<sup>62</sup> In questi termini, G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 197.

<sup>63</sup> Cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 86.

<sup>64</sup> In questo senso, si è osservato che sebbene la nozione di nesso causale appartenga senza dubbio all'elemento materiale del reato, essa si declina diversamente a seconda che si versi in ipotesi

proposito l'esempio del custode del museo che durante la notte dimentichi una finestra aperta. La norma cautelare che gli impone di assicurarsi che tutte le finestre siano chiuse è preordinata alla tutela del patrimonio del museo da eventuali malintenzionati. Potrà conseguentemente sussistere un nesso causale tra la sottrazione di beni del museo e la condotta omissiva del custode, sempre che ciò sia avvenuto sfruttando la finestra aperta, ma non di certo tra la medesima omissione e la morte di un inserviente che a causa della finestra aperta sia precipitato. Sul punto si osserva che nei reati colposi l'evento e con esso il nesso causale non sono voluti, ma cagionati per violazione della norma cautelare. Pertanto, per integrare la fattispecie illecita occorre che sul piano oggettivo l'evento sia strettamente legato alla violazione della norma cautelare nei termini appena accennati.

Il richiamo alla norma cautelare non deve ad ogni modo trarre in inganno. Il collegamento tra questa e l'evento si limita al piano oggettivo. Si deve infatti evitare nel modo più assoluto di importare nell'ambito del profilo oggettivo del reato valutazioni di natura soggettiva.

A proposito di regola cautelare, v'è inoltre da evidenziare che nei reati omissivi, quest'ultima, laddove di natura impositiva, tende ad identificarsi con l'obbligo di impedire l'evento *ex art. 40, comma 2, c.p.*, divenendone un tutt'uno. In questo modo la regola cautelare viene a delineare la condotta pretesa dall'ordinamento e omessa del soggetto agente in relazione alla quale occorrerà poi operare il giudizio controfattuale teso ad accertare la sussistenza dello stesso nesso causale. Ossia verificare se la condotta alternativa lecita avrebbe evitato l'evento invece verificatosi.

## 2. *Il nesso di causa.*

In termini generali, la causa di un evento è ciò che l'ha provocato, ossia quel fattore o molteplicità di fattori senza i quali l'evento in questione non sarebbe

---

dolose ovvero colpose. Cfr. A. MONTAGNI, *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale. (Fenomenologia causale nella responsabilità penale per omissione)*, Padova, 2002, p.8.

venuto in essere. Il nesso di causa è il collegamento che intercorre tra suddetti fattori causali e l'evento.

Si tratta di questioni meramente oggettive, operanti sul piano della materialità che talvolta possono anche prescindere dal coinvolgimento dell'uomo. Un masso può staccarsi dalla parete della montagna a causa della formazione di ghiaccio dovuta alle basse temperature e precipitare poi per via della forza di gravità anche in assenza di un intervento umano; lo stesso masso si può tuttavia staccare a causa del passaggio distratto di un escursionista, oppure può essere volontariamente gettato a valle dal medesimo escursionista. Tra la caduta del masso e la formazione di ghiaccio o la condotta dell'escursionista sussiste un nesso di causa e così anche tra suddetti fattori causali e l'evento naturalistico eventualmente determinatosi a seguito della caduta del masso. Se l'evento in questione ha rilevanza penale, come la morte di un uomo, il fattore causale ed il nesso di causa dovranno essere vagliati alla luce della disciplina di cui agli artt. 40 e 41 c.p.

In tema di causalità, occorre innanzitutto distinguere tra causalità materiale e causalità della condotta<sup>65</sup>. La prima attiene ai soli fattori causali dell'evento di natura meramente materiale (es. la caduta del masso), a prescindere dalla condotta dell'uomo che può avervi dato luogo, la seconda si incentra al contrario sulla verifica dell'interferenza dell'attività umana sulla produzione dell'evento (come nell'ipotesi dell'escursionista che fa precipitare il masso). Ciò che interessa davvero al diritto penale, avuto riguardo al principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.*, è la causalità della condotta. Il primo e imprescindibile passaggio nell'indagare la causalità è l'attribuibilità dell'evento alla condotta umana<sup>66</sup>. Tutto ciò che in virtù degli schemi penalistici non è attribuibile all'uomo è in questa sede irrilevante.

Sulla scorta del disposto di cui all'art. 40, comma 1, c.p., il tema della causalità della condotta interessa anche la condotta omissiva. Ciò sconfessa in qualche misura quanto appena affermato in relazione alla rilevanza penalistica

---

<sup>65</sup> Tale distinzione assume particolare rilevanza, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, nell'ambito delle fattispecie omissive.

<sup>66</sup> In questo senso, l'art. 40, comma 1, c.p.: "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione".

della sola causalità della condotta, poiché in caso di omissione primeggia al contrario la causalità materiale, atteso che l'interferenza della condotta umana sul processo eziologico è, a ben vedere, una mera costruzione normativa. Oggettivamente l'evento si verifica in forza di processi causali indipendenti dal soggetto agente ancorché quest'ultimo poteva e doveva intervenire per evitare tale epilogo.

Entrando nel merito della nozione penalistica di causalità è opinione assolutamente dominante quella secondo cui il legislatore avrebbe positivizzato al primo comma dell'art. 41 c.p., ai fini della verifica della sussistenza della causalità della condotta, la c.d. teoria condizionalistica ovvero dell'equivalenza dei fattori causali, temperata, ma in realtà ribadita in negativo, dal riferimento alla c.d. teoria della causalità umana di cui all'art. 41, comma 2, c.p.<sup>67</sup> Sulla scorta della prima è causa dell'evento ogni antecedente in assenza del quale l'evento non si sarebbe prodotto<sup>68</sup>. Tuttavia, come anticipato, di tutti i fattori causali che condizionano il verificarsi dell'evento interessa invero la sola condotta umana. Questa è causa dell'evento allorché, in base ad una valutazione *ex post*, è stata una delle condizioni indispensabili per il suo verificarsi<sup>69</sup>.

La concezione condizionalistica della causalità è strettamente legata al giudizio logico controfattuale a cui si ricorre per riscontrare l'effettivo rilievo condizionante del fattore considerato. Se nonostante l'eliminazione mentale della condotta umana dalla somma degli antecedenti, l'evento si sarebbe verificato comunque, allora essa non è causa di quest'ultimo. Al contrario, se eliminata mentalmente l'azione, emerge che l'evento non si sarebbe verificato, allora occorre ritenere che fra l'azione e l'evento esiste un nesso di condizionamento o, se si preferisce, di causalità. Naturalmente il procedimento di eliminazione

---

<sup>67</sup> Sul punto cfr. *infra* p. 51 ss.

<sup>68</sup> Autorevole dottrina (cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 158) osserva l'improprietà terminologica della rubrica dell'art. 41 c.p. – “Concorso di cause” – poiché la causa è invero costituita dalla totalità delle condizioni, sarebbe stato quindi più corretto ricorrere al termine concause o, meglio ancora, concorso di condizioni.

<sup>69</sup> Le critiche mosse alla teoria condizionalistica sono sostanzialmente due: a) il fatto di considerare la condotta umana causa dell'evento anche quando vi è stato il concorso di condizioni estranee del tutto eccezionali (preesistenti, concomitanti e sopravvenute); b) il rilievo che essa non pone limiti ad un regresso all'infinito nella valutazione della sussistenza del nesso causale, conducendo così a considerare condizioni dell'evento anche gli antecedenti più risalenti. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 148.

mentale, per poter operare, presuppone che siano già note le regole scientifiche o di esperienza che governano gli accadimenti oggetto d'interesse.

Sul punto si è infatti puntualmente osservato<sup>70</sup> che, operata l'eliminazione mentale dell'antecedente costituito dalla condotta umana, si è in grado di affermare che il risultato si sarebbe o non si sarebbe comunque prodotto, solamente nella misura in cui si è già a conoscenza che da tale condotta scaturisce o meno un certo evento.

Di estremo interesse e meritevole di ampio richiamo è la ricognizione dell'istituto del nesso causale, peraltro in relazione ai reati omissivi, operato dalle Sezioni Unite delle Corti di Cassazione nell'importante pronuncia del 10 luglio 2002, n. 30328<sup>71</sup>.

Per i giudici di legittimità, la causazione dell'evento verificatosi *hic et nunc*, nella sua unicità ed irripetibilità, può trovare spiegazione (a) nell'esperienza tratta da attendibili risultati di generalizzazione del senso comune, ovvero (b) facendo ricorso al modello generalizzante della sussunzione del singolo evento, opportunamente ridescritto nelle sue modalità tipiche e ripetibili, sotto leggi scientifiche esplicative dei fenomeni. In questo senso, per la Suprema Corte, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria dell'evento solo se, in base di una successione regolare conforme ad (a) una generalizzata regola di esperienza o ad (b) una legge dotata di validità scientifica, c.d. legge di copertura, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, rientra tra quelli che conducono ad eventi del tipo di quello in concrete verificatosi.

Il sapere scientifico accessibile al giudice è a sua volta costituito, sempre secondo il Supremo Collegio, sia da leggi universali (invero assai rare), che affermano invariabili regolarità senza alcuna eccezioni, sia da leggi statistiche, che si limitano invece ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi, con la

---

<sup>70</sup> L'osservazione è presente sia in dottrina che nelle più lucide e argomentate sentenze della giurisprudenza di legittimità, pronunciate con riferimento a fattispecie di notevole complessità per la pluralità e l'incertezza delle ipotesi esplicative dell'evento lesivo (cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 1986, rv. 174511-512; Cass. Pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, rv. 191788; Cass. Pen., Sez. IV, 31 ottobre 1991, rv. 191810; Cass. Pen., Sez. IV, 27 maggio 1993, rv. 196425; Cass. Pen. Sez. IV, 26 gennaio 1998, rv. 211847).

<sup>71</sup> In *Foro it.* 2002, II, p. 601 con nota DI GIOVINE; nonché in *Riv. pen.*, 2003, p. 247 con nota IADECOLA.

conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di alto grado di credibilità razionale o probabilità logica, quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili.

La Corte avverte infine che, per accertare l'esistenza della condizione necessaria secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, il giudice, dopo avere ridescritto il singolo evento nelle modalità tipiche e ripetibili dell'accadimento lesivo, deve necessariamente ricorrere ad una serie di assunzioni tacite e presupporre come presenti determinate condizioni iniziali, non conosciute o soltanto congettrate, sulla base delle quali mantiene validità l'impiego della legge stessa.

La causalità così definita in base allo schema condizionalistico integrato dal criterio di sussunzione sotto leggi scientifiche è elemento costitutivo della fattispecie di reato e come tale svolge una funzione tipizzante, in ossequio alle garanzie costituzionali di legalità e tassatività delle fonti di responsabilità penale e di personalità della stessa. In questo senso, con particolare riferimento alle fattispecie causalmente orientate (anche omissive), la causalità svolge una funzione selettiva delle condotte rilevanti e in tal modo delimitativa dell'area dell'illecito penale.

Il nesso di causa è un momento irrinunciabile di garanzia per l'individuazione della responsabilità nelle fattispecie orientate verso la produzione di un evento lesivo. Il modello condizionalistico, integrato dal ricorso a generalizzazioni scientificamente valide, consente di ancorare il giudizio controfattuale su cui poggia il nesso causale a parametri oggettivi in grado di esprimere effettive potenzialità esplicative della condizione necessaria, anche per i più complessi sviluppi causali dei fenomeni naturali, fisici, chimici o biologici.

### 3. Il concorso di cause e l'interruzione del nesso causale.

L'art. 41 c.p. è preordinato a disciplinare il concorso di cause nella determinazione dell'evento, siano esse condotte umane concorrenti ed interferenti tra loro ovvero fattori causali esterni di cui occorra valutarne l'idoneità ad interrompere il nesso eziologico tra l'azione o l'omissione e l'evento.

Il primo comma della disposizione in esame<sup>72</sup> introduce il principio secondo cui la sussistenza di eventuali fattori causali concorrenti con la condotta del soggetto agente non esclude il nesso di causa fra quest'ultima e l'evento<sup>73</sup>. Ciò anche se la concausa è del tutto indipendente rispetto alla condotta incriminata e a prescindere dal fatto che essa sia preesistente, simultanea o sopravvenuta alla condotta stessa.

Il terzo comma dell'art. 41 c.p.<sup>74</sup> precisa ulteriormente che il principio appena enunciato si applica anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui. In altri termini, quest'ultima disposizione mira a regolare, dal punto di vista del nesso causale, il concorso di condotte nel reato, statuendo l'inidoneità della loro interferenza ad interrompere i rispettivi nessi causali<sup>75</sup>.

Riassumendo, quindi, il primo comma detta il principio dell'irrelevanza delle concause in relazione alla sussistenza del nesso causale – previamente accertato sulla scorta della teoria condizionalistica – tra la condotta del soggetto agente e l'evento; il terzo comma, eleva tale assunto a principio di individualità e non interferenza tra più condotte umane concausa dell'evento ovvero, in altri termini, dispone che i rispettivi nessi causali non si elidono tra loro.

---

<sup>72</sup> Art. 41, comma 1, c.p.: “Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione o dall'omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione o l'omissione e l'evento”.

<sup>73</sup> A patto, ovviamente, che nonostante la presenza dei fattori causali concorrenti la condotta continui ad essere (al pari degli altri fattori) *conditio sine qua non* dell'evento.

<sup>74</sup> Art. 41, comma 3, c.p.: “Le disposizioni precedenti [il primo e il secondo comma dell'art. 41 c.p.] si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea consiste nel fatto illecito altrui”.

<sup>75</sup> Per un'applicazione concreta del principio, peraltro in un'ipotesi di interferenza tra due condotte omissive ed una condotta attiva, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 4 febbraio 2010, n. 4912, in *Altalex*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=49490&idstr=20>. Va segnalato che la pronuncia in esame tratta, contestualmente all'interferenza delle condotte degli imputati, anche il ruolo della condotta della vittima nella determinazione causale dell'evento.

In questo conteso si inserisce però, assai problematicamente, il disposto di cui al secondo comma dell'art. 41 c.p.<sup>76</sup>, il quale introduce, con riferimento ad entrambe le disposizioni appena citate, un'eccezione di difficile esegesi del seguente tenore: “le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento”.

Come noto, la disposizione in esame ha da sempre richiesto un notevole impegno ermeneutico, soprattutto per definire il significato della locuzione “da sole sufficienti a determinare l'evento”. In questa espressione è infatti contenuta l'unica eccezione al principio dell'irrelevanza delle concause e la definizione del suo significato è d'obbligo per comprendere quali siano le cause sopravvenute estranee a quelle che ai sensi del citato primo comma dell'art. 41 c.p. sono al contrario irrilevanti ai fini del permanere del nesso causale tra condotta ed evento.

Quella in esame è una norma di fondamentale importanza nell'ambito della disciplina codicistica della causalità che, secondo l'opinione prevalente, ha lo scopo di temperare il rigore derivante dalla meccanica applicazione del predetto principio condizionalistico.

Di essa sono state prospettate due differenti letture.

Un primo inquadramento la vorrebbe riferita alle serie causali del tutto autonome rispetto alla condotta del soggetto agente; tuttavia, i detrattori di questa posizione osservano che in tal modo la si renderebbe di fatto del tutto inutile, ossia priva di una reale portata normativa. Se la causa sopravvenuta fosse infatti intesa nel senso di un processo causale del tutto autonomo, indipendente da quello a cui accede la condotta del soggetto agente, l'evento concretamente verificatosi<sup>77</sup> sarebbe, più semplicemente, in dipendenza causale con il solo fattore sopravvenuto, con evidente irrilevanza della condotta precedente, già di suo avulsa dal processo causale che lo ha determinato. In questo senso, ad escludere la rilevanza causale della condotta del soggetto agente, sarebbero state sufficienti le disposizioni di cui all'art. 40 c.p. e al primo comma dell'art. 41 c.p. A tali conclusioni si sarebbe difatti pervenuti già con la sola applicazione del principio

---

<sup>76</sup> Art. 41, comma 2, c.p.: “Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione o l'omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita”.

<sup>77</sup> La dottrina è concorde sul fatto che l'evento a cui occorre far riferimento è esattamente quello verificatosi in concreto, *hic et nunc*.

condizionalistico, poiché, eliminando mentalmente la condotta indagata, l'evento continuerebbe a verificarsi in forza del fattore causale sopravvenuto. Si faccia a tal proposito l'esempio della morte di un uomo folgorato da un fulmine mentre il soggetto agente gli sta sparando, allorché la pallottola colpisce il malcapitato quando questi è già deceduto. In relazione al fatto concreto, la causa della morte andrà individuata nel fulmine già sulla scorta della teoria condizionalistica di cui all'art. 40 ovvero al disposto di cui primo comma dell'art. 41 c.p.

Una seconda interpretazione, a rimedio delle critiche mosse alla prima, mira a preservare una qualche portata normativa all'eccezione introdotta dal secondo comma dell'art. 41 c.p. In questa ottica, la causa sopravvenuta viene invece intesa come un fattore che, pur operando congiuntamente all'azione od omissione (che in base alla teoria condizionalistica restano dunque *conditio sine qua non* dell'evento), è però capace, a differenza delle cause sopravvenute di cui al primo comma dell'art. 41 c.p., di interrompere il nesso causale. Rimane però il problema di individuare quali concretamente possano essere queste “speciali” cause sopravvenute che pur concorrendo con l'azione o omissione nel determinare l'evento sono in grado di interromperne il nesso causale.

Partendo dalla relazione ministeriale al progetto definitivo del vigente codice penale, dove si apprende che la disposizione in esame è stata introdotta per escludere il rapporto di causalità nelle “interferenze di serie meramente occasionali” facendosi l'esempio di una persona ferita che muore in seguito all'incendio dell'ospedale in cui è stata ricoverata, la giurisprudenza e la dottrina hanno intravisto tali cause sopravvenute in fatti completamente imprevedibili ed assolutamente anormali. Secondo questa impostazione, il nesso causale deve essere escluso quando il risultato è dovuto al sopravvenire di un avvenimento assolutamente atipico ed eccezionale ancorché la condotta dell'agente sia in qualche misura pur sempre condizione dell'evento<sup>78</sup>. In queste ipotesi la condotta

---

<sup>78</sup> Le due teorie sono bene sintetizzate in Cass. Pen., Sez. IV, 4 febbraio 2010, n. 4912: “Infatti per aversi un tale effetto interruttivo è necessario che la causa sopravvenuta sia rappresentata da un processo causale del tutto autonomo (nel quale caso, in realtà, come si è precisato, all'esclusione del rapporto causale si perverrebbe comunque sulla base del principio condizionalistico o dell'equivalenza delle cause di cui all'articolo 41, comma primo, cod. pen., anche a prescindere dal comma 2 del medesimo articolo), ovvero da un processo non completamente avulso dall'antecedente, ma caratterizzato da un percorso causale completamente atipico, di carattere

del soggetto agente è comunque in un certo modo collegata all'evento (diversamente dal soggetto colpito dal fulmine prima di essere attinto dal proiettile), ma quest'ultimo viene in essere per forza propria della causa sopravvenuta. L'esempio ricorrente è quello della morte nell'ospedale a causa dell'incendio, in cui tuttavia il soggetto è stato ricoverato a causa della condotta del soggetto agente.

Si ritiene che per interrompere il nesso causale il fattore sopravvenuto debba essere imprevedibile. In questo senso, mentre la morte del ferito a causa dell'incendio dell'ospedale esclude il nesso causale con il ferimento, non così la morte del ferito lasciato nel mezzo di una strada trafficata e travolto da un'auto in transito.

Abbandonata quindi la tesi della completa autonomia dei processi causali<sup>79</sup>, dottrina<sup>80</sup> e giurisprudenza<sup>81</sup> concordano nel ritenere che affinché possa parlarsi di causa sopravvenuta idonea ad escludere il rapporto di causalità (o a determinarne la sua interruzione, come altrimenti si dice) si deve dunque assistere ad un percorso causale ricollegato all'azione (od omissione) dell'agente, ma completamente atipico, di carattere assolutamente anomalo ed eccezionale; del tutto imprevedibile in relazione alla condotta dell'agente.

Anche con specifico riferimento al nesso di causa tra il mancato impiego delle cautele necessarie per impedire l'evento da parte di chi era tenuto ad intervenire per evitare una certa situazione di pericolo in uno spazio pubblico e la morte del cittadino in ragione del concretizzarsi di suddetto pericolo, la giurisprudenza è costante nell'affermare che, per interrompere il nesso eziologico, la causa sopravvenuta deve “configurarsi come del tutto imprevedibile e opinabile

---

assolutamente anomalo ed eccezionale, ossia di un evento che non si verifica se non in casi del tutto imprevedibili a seguito della causa presupposta”.

<sup>79</sup> Cfr. F. STELLA, *Rapporto di causalità*, in *Enc. Giuridica*, Roma, 1991, vol. XXV.

<sup>80</sup> In dottrina, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 159. L'Autore, oltre a respingere l'interpretazione secondo cui la disposizione in commento si riferirebbe ai casi nei quali, dopo il compimento della condotta, sopravvenga una serie causale del tutto autonoma che determina l'evento in modo del tutto indipendente della condotta stessa, si sofferma criticamente sul fatto che la norma in parola fa riferimento alle sole serie causali autonome sopravvenute e non anche a quelle preesistenti o simultanee capaci comunque di escludere il nesso causale con la condotta dell'agente. In questo senso, l'Autore propone di recuperare la capacità interruttiva delle cause preesistenti e simultanea attraverso il disposto dell'art. 45 c.p. su caso fortuito e forza maggiore (cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 162).

<sup>81</sup> Cfr. Cass. Pen, Sez. IV, 3 aprile 2008, n. 13939, in *Rivista Penale*, 2008, 9, p. 893.

e tale, dunque, da presentare i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità e dell'esorbitanza”<sup>82</sup> In questo senso, è stato ritenuto che l'appoggiarsi ad una ringhiera, poi dimostrasi instabile con conseguente caduta nel dirupo del malcapitato, rientri in un comportamento del tutto ordinario e prevedibile incapace di interrompere il nesso di causa tra la mancata messa in sicurezza della ringhiera e la morte dell'uomo<sup>83</sup>. Al contrario, nel caso di un giovane caduto da un pennone installato nella piazza cittadina senza ulteriori protezioni, la giurisprudenza ha ritenuto che l'incauta condotta del ragazzo che si era arrampicato sul pennone si era posta come causa unica dell'evento letale, essendo il suo un comportamento imprevedibile e capace di interrompere l'eventuale rapporto eziologico tra l'omessa adozione di misure protettive e l'evento mortale<sup>84</sup>.

Una teoria correttiva di quella condizionalistica che si fa portatrice di suddetta ricostruzione va sotto il nome di teoria della causalità “umana”<sup>85</sup>. In essa si prende le mosse dalla constatazione secondo cui oltre alle forze che l'uomo è in grado di dominare ve ne sono altre – che parimenti influiscono sul verificarsi dell'evento – che invece si sottraggono alla sua signoria. A tal proposito potrebbe essere oggettivamente attribuito all'agente quanto è da lui dominabile, ma non ciò che fuoriesce dalla sua possibilità di controllo. Secondo questa teoria, gli elementi esterni dominabili dall'uomo sono innanzitutto quelli normali, cioè quelli che si verificano con regolarità qualora venga posta in essere l'azione, nonché quelli che pur non probabili o non frequenti possono comunque essere preveduti dall'uomo. Per contro, secondo l'Autore di questa teoria, ciò che sfugge a suddetto dominio “è il fatto che ha una probabilità minima, insignificante di verificarsi: il fatto che si verifica soltanto in casi rarissimi”, “nei giudizi sulla causalità umana si considerano propri del soggetto tutti i fattori esterni che concorrono con la sua azione, esclusi quelli che hanno una probabilità minima, trascurabile di verificarsi; in altri termini esclusi i fattori che presentano un carattere di eccezionalità”.

---

<sup>82</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 29 novembre 2005, n. 14180, in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>83</sup> Cfr. sempre Cass. Pen., Sez. IV, 29 novembre 2005, n. 14180.

<sup>84</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 27 febbraio 2004, n. 24030, in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>85</sup> La teoria della causalità umana è stata formulata da Antolisei. Cfr. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.

Secondo l'accennata teoria, per la sussistenza del nesso causale tra la condotta dell'agente e l'evento sono necessari due elementi, uno positivo e uno negativo: quello positivo "è che l'uomo con la sua condotta abbia posto in essere un fattore causale del risultato, vale a dire un fattore senza il quale il risultato medesimo nel caso concreto non si sarebbe avverato; il negativo è che il risultato non sia dovuto al concorso di fattori eccezionali (rarissimi). Soltanto quando concorrono queste due condizioni l'uomo può considerarsi autore dell'evento".

La giurisprudenza che si è misurata con il concreto problema di attribuire o meno il carattere di eccezionalità al fattore sopravvenuto sembra riferire le proprie decisioni a valutazioni extragiuridiche di meritevolezza o meno di pena, giungendo a conclusioni talvolta sospettate di arbitrarietà<sup>86</sup>.

A tal proposito, meritano di essere richiamate due pronunce della Corte di legittimità. In un primo caso<sup>87</sup>, in cui un ragazzo è rimasto schiacciato da delle grosse tubazioni posizionate senza adeguate cautele in un terreno in pendenza, la Suprema Corte ha ritenuto che il comportamento della vittima che, in compagnia di altri ragazzi, era entrata abusivamente nel fondo per ivi giocare in modo imprudente non costituisca fattore eccezionale idoneo ad interrompere il nesso di causa ed ha dunque affermato la penale responsabilità degli imputati responsabili del posizionamento delle tubature. In un secondo caso<sup>88</sup> invece, i giudici di legittimità hanno ritenuto che costituisca fattore eccezionale in grado di interrompere il nesso causale tra la condotta del soggetto agente e la morte della vittima la condotta di quest'ultima che in qualità di pedone aveva attraversato la strada in modo improvviso, con il semaforo rosso e correndo diagonalmente, lontano dalle strisce.

Appare difficile rinvenire un criterio davvero distintivo tra le due ipotesi appena richiamate<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Cfr. In questo senso si esprime, A. DELLA BELLA, *Il nesso di causalità. appunti della relazione del 12.11.08*, in [media.camerapenalemilano.it/200811/2886.pdf](http://media.camerapenalemilano.it/200811/2886.pdf), da cui sono tratti anche gli esempi che seguono.

<sup>87</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 15 dicembre 1988, in *Riv. pen.*, 1989, 1184.

<sup>88</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 14 giugno 2005, n. 28615, in *CED Cass*, 2005 e in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>89</sup> A titolo di esempio, con specifico riferimento alle lesioni o all'omicidio nel contesto della circolazione stradale, secondo la giurisprudenza di legittimità sono cause sopravvenute non però interruttrive del nesso causale tra il sinistro stradale e le lesioni poiché non eccezionali: il ritardo nel ricovero ospedaliero; l'infezione broncopolmonare acuta contratta in ospedale dalla persona offesa (Cass. Pen., Sez. IV, 15 novembre 2007 n. 6268, in *dejure.giuffrè.it*); l'errore

Attraverso il fattore causale sopravvenuto di cui al comma 2 dell'art. 41 c.p. la giurisprudenza tende in sostanza ad anticipare la valutazione sulla rimproverabilità del fatto reato al soggetto agente dal piano della colpa a quello dell'elemento oggettivo, procedendo in termini di fondatezza o meno del nesso causale, piuttosto che di verifica circa la sussistenza della colpevolezza. Tutto ciò determina una svalutazione dell'elemento soggettivo della colpa, poiché la valutazione dei giudici tende di fatto ad arrestarsi a livello di nesso causale. Inoltre, mentre il concetto di concausa è sostanzialmente lasciato alla valutazione (arbitraria) del giudicante, poiché non opportunamente definito, la nozione di colpa offre la maggior garanzia di una definizione legislativa *ex art. 43 c.p.* e di una ampia e puntuale elaborazione giurisprudenziale<sup>90</sup>. La valutazione circa la prevedibilità dell'evento va dunque più correttamente ed opportunamente ricondotta sul piano della colpa piuttosto che su quello del nesso di causa.

Ad ogni modo, per quanto qui più interessa, va detto che la teoria della causalità umana è sempre stata ritenuta, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, applicabile anche ai reati omissivi impropri.

In particolare, nei reati oggetto dello studio, il fattore causale sopravvenuto capace di interrompere il nesso eziologico tra la condotta omissiva del preposto alla sicurezza della strada e l'evento lesivo dell'incolumità individuale è spesso rinvenuto ed affermato dalle difese degli imputati con riferimento alla condotta eccezionale della persona offesa come si avrà modo di approfondire trattando il ruolo della vittima<sup>91</sup>.

---

terapeutico sulla persona offesa oggetto di intervento chirurgico a seguito dell'incidente (Cass. Pen., sez. IV, 4 ottobre 2007 n. 41293, in *dejure.giuffrè.it*). Sempre nell'ambito delle lesioni o omicidio conseguente a sinistro stradale, la Corte di Cassazione ha invece considerato fattore eccezionale, capace dunque di interrompere il nesso causale tra la condotta di due automobilisti che dopo essersi tamponati permanevano sulla carreggiata e la morte del conducente proveniente dal senso opposto di marcia, la manovra di un altro automobilista che per oltrepassare l'ostacolo rappresentato dai due veicoli che si erano tamponati ha invaso la corsia opposta impattando con il veicolo del conducente poi deceduto.

<sup>90</sup> In questo senso, cfr. A. DELLA BELLA, *Il nesso di causalità*, cit.

<sup>91</sup> Si veda *infra* p. 109 ss.

4. La causalità nelle fattispecie omissive.

Con riferimento ai reati omissivi, ricordato che lo studio del nesso di causa si rende necessario per i soli reati omissivi impropri – ossia quelli di evento, tra cui morte o lesioni personali da insidia stradale – la circostanza che il legislatore abbia ritenuto di dover intervenire in modo espresso per stabilire un'equivalenza tra il non impedire un evento determinatosi *aliunde* (che si ha l'obbligo giuridico di impedire) e il cagionarlo in prima persona dà invero conto di una fondamentale diversità ontologica<sup>92</sup> tra causare un evento con una condotta attiva piuttosto che con una omissiva<sup>93</sup>. Anzi, dal punto di vista naturalistico, di causalità per omissione non pare nemmeno possibile parlare, poiché, in quanto *non facere*, l'inerzia non può essere causa di nulla. A dire il vero, al pari della condotta omissiva anche la causalità omissiva è priva di consistenza naturalistica. E' dunque il principio di equivalenza ad introdurre il concetto di causalità omissiva che come tale ha natura eminentemente normativa e postula una relazione con un alternativo comportamento attivo, in qualche misura tipizzato ed imposto dall'ordinamento<sup>94</sup>.

In realtà, nei reati omissivi impropri, l'evento si produce in virtù di un serie causale del tutto autonoma rispetto alla condotta effettivamente tenuta dal soggetto che avrebbe potuto (e dovuto) impedire l'evento<sup>95</sup>. Come anticipato, la condotta omissiva è infatti priva di reale efficacia causale e dunque assolutamente incapace di produrre un evento, il quale, di fatto, viene in essere a causa di forze estranee all'agente, la cui serie causale non è da questi interrotta o deviata<sup>96</sup>. Nei reati omissivi la vera causa naturalistica dell'evento è riconducibile alle forze

---

<sup>92</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI con il coordinamento scientifico di G. DE FRANCESCO e G. FIDELBO, Milano, 2011, p. 248.

<sup>93</sup> Per G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 183 “il nesso tra omissione ed evento, secondo il disposto dell'art. 40 co. 2 c.p., consiste non già nella causazione dell'evento, bensì nel suo mancato impedimento”.

<sup>94</sup> Cfr. Cass., SS. UU. Pen., 11 settembre 2002, n. 30328, in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>95</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2003, p. 359.

<sup>96</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 162.

della natura o a condotte attive di soggetti terzi, diversi dal soggetto a cui è poi addebitata l'omissione<sup>97</sup>.

Con specifico riferimento alle fattispecie omissive di morte o lesioni da insidia stradale e all'imputazione della responsabilità omissiva in capo all'ente proprietario della strada si faccia a tal proposito il caso di un sinistro stradale con esiti mortali dovuto alla presenza di una buca apertasi, in ipotesi, in ragione delle copiose precipitazioni<sup>98</sup>. La morte dell'automobilista è invero naturalisticamente causato dagli eventi atmosferici che hanno determinato l'apertura della buca che ha cagionato poi la perdita di controllo del veicolo del *de cuius*; non di certo dalla condotta dell'ente proprietario invero inattivo. Parimenti, nella diversa ipotesi di uno scontro tra veicoli all'intersezione, con morte del conducente in transito sulla strada principale a causa dell'omessa precedenza da parte del conducente antagonista impedito nell'avvistamento del sopraggiungere della vittima dalla folta vegetazione non mantenuta dall'ente proprietario, la causa della morte è invero innanzitutto imputabile al soggetto terzo che ha mancato di dare la precedenza (che, se dal caso, risponderà anch'egli del reato) e non di certo alla condotta ente proprietario, rimasto inerme. Sempre in relazione alla causazione dell'evento da parte di un soggetto terzo rispetto all'ente a cui è però addebitata la responsabilità omissiva, va richiamato il caso del cantiere stradale aperto o mantenuto in modo inadeguato dall'impresa appaltatrice su commissione dell'ente proprietario della strada, con conseguente morte di un passante. In questa ipotesi, l'evento è causato dall'apertura della buca da parte dell'impresa appaltatrice e non dall'ente proprietario, ancora una volta estraneo agli eventi considerati nella loro materialità, ma chiamato a rispondere del fatto in forza dell'omessa vigilanza.

Nelle ipotesi appena illustrate, l'addebito di responsabilità (per omissione) in capo all'ente proprietario della strada si regge su una causalità (omissiva) meramente normativa, priva di un substrato naturalistico.

Ad ogni modo, l'essenza normativa della causalità omissiva, sebbene condizioni alcuni aspetti del modello logico di riferimento per addivenire ad una

---

<sup>97</sup> Quest'ultimi sono talvolta sottoposti alla sorveglianza dell'agente.

<sup>98</sup> Il nesso di causa va ovviamente accertato in base al modello e ai criteri descritti nel prosieguo, non potendosi, ad esempio, escludere che l'uscita di strada non sia dipesa della buca, ma da un colpo di sonno del conducente.

spiegazione eziologica del fatto concreto, non autorizza alcuna diminuzione di rigore nell'accertamento giudiziale della sussistenza di quest'ultima forma di causalità rispetto a quanto preteso per quella attiva. La svalutazione dell'elemento causale nelle fattispecie omissive finirebbe altrimenti per accentuare – nei reati omissivi impropri pur astrattamente strutturati con riferimento a ipotesi base di reati di danno – il disvalore della condotta, rispetto alla quale l'evento degraderebbe a mera condizione obiettiva di punibilità, sicché il reato di danno si tradurrebbe in un reato di pericolo. Il risultato sarebbe una grave violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie criminosa e della garanzia di personalità della responsabilità penale (Cost., art. 25, comma 2 e 27, comma 1). All'agente verrebbe infatti attribuito come fatto proprio un evento in realtà del tutto avulso dalla sua condotta<sup>99</sup>.

##### 5. Il modello condizionalistico nella causalità omissiva.

Nei reati omissivi impropri la logica sottesa al giudizio controfattuale viene in qualche misura “adeguata”, ipotizzando realizzata la condotta invero omessa e accertando se in questo modo l'evento *hic et nunc* verificatosi sarebbe o meno venuto in essere. Nel primo caso si dovrà concludere per l'insussistenza del nesso di causa tra omissione ed evento; diversamente, se ipotizzando realizzata la condotta omessa l'evento sarebbe stato evitato, tale nesso andrà ritenuto accertato. Il procedimento di eliminazione mentale di cui già si è fatto cenno in termini generali, nei reati omissivi è sostanzialmente capovolto. Invece che sottrarre mentalmente l'azione in ipotesi causativa di un certo evento occorre ipotizzare compiuta l'azione pretesa dall'ordinamento ed invero omessa, osservandone le conseguenze in termini di verifica o meno dell'evento.

Nell'ambito dei reati omissione – ovviamente di evento – tale indagine si rivela spesso problematica. Mentre nei reati commissivi l'azione umana è infatti un momento concretamente verificatosi e non v'è dunque dubbio in merito alla

---

<sup>99</sup> Siffatto fenomeno, in passato importato dalla teoria dell'aumento del rischio, va sotto il nome di volatilizzazione del nesso di causa. Cfr. Cass., SS. UU. Pen., 11 settembre 2002, n. 30328 in *dejure.giuffrè.it*.

frazione di accadimento che occorre sottrarre per porre in essere il giudizio controfattuale, nei reati omissivi si è invero in presenza di un nulla naturalistico, di un non *facere*. Ecco che quindi la condotta doverosa da aggiungere agli accadimenti per verificare se l'esito degli stessi muta, nel senso che l'evento incriminato non si verifica, va giocoforza costruita in via meramente ipotetica. Quest'ultima dovrà essere ricostruita attraverso uno sforzo di immaginazione principalmente basato su ciò che solitamente accade in situazioni simili, senza tuttavia trascurare la specificità del caso in esame. E' della condotta così ipotizzata che va poi verificata (ancora una volta in via ipotetica) l'idoneità a scongiurare l'evento. Si verte in questo senso su un giudizio doppiamente ipotetico.

A ben vedere, la difficoltà maggiore in tema di causalità omissiva non consiste nel giudizio controfattuale teso a valutare se l'evento è conseguenza dell'omissione accertata (problema comune ai reati commissivi), né nella ricostruzione in via meramente ipotetica dell'efficacia del trattamento invero omissivo (anche questo è problema comune alla causalità attiva perché, anche in questi casi, il giudice deve ricostruire, in via di ipotesi, l'effetto dell'eliminazione della condotta commissiva), ma nella necessità ulteriore di definire quella condotta positiva che, se posta in essere, avrebbe evitato il prodursi dell'evento.

Un giudizio prognostico così complesso è per sua natura esposto ad accresciuti margini d'incertezza. Tutto ciò ha condotto parte della giurisprudenza e della dottrina ad accettare che in sede di verifica del nesso di condizionamento la causalità omissiva si potesse accontentare di margini di certezza inferiori rispetto a quella attiva. Sul punto è però poi intervenuta in senso inverso la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con un'importante pronuncia analizzata nel prosieguo<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Cfr. Cass., SS. UU. Pen., 11 settembre 2002, n. 30328, in *dejure.giuffrè.it* per la cui analisi vedasi *infra* p. 63 ss.

6. *Conseguenze sul nesso di causa di una diversa qualificazione della condotta.*

La giurisprudenza di legittimità che si è misurata con il problema della discriminazione tra condotte attive e condotte omissive<sup>101</sup> si è anche soffermata sulle conseguenze di una diversa qualificazione in termini di accertamento del nesso causale<sup>102</sup>.

Ciò che merita di essere qui richiamato è il forte rischio, proprio delle condotte omissive, di compiere un accertamento del nesso di causa meramente fittizio, non idoneo a far emergere la reale portata condizionante dell'omissione sull'evento.

A fronte di una condotta attiva è sufficiente sottrarla mentalmente per accertarne l'efficacia causale. Diversamente, se il soggetto agente, pur avendo un obbligo giuridico di agire in garanzia, è rimasto inerte, non ci si può limitare a constatare l'inerzia. Occorre invece verificare, in via ipotetica, se la condotta dallo stesso esigibile avrebbe evitato l'evento. Se così non fosse, nonostante l'inerzia del soggetto agente, la fattispecie illecita non potrebbe essere affatto ritenuta intergrata in tutti i suoi elementi, poiché farebbe difetto il nesso di causa. Senza queste attenzioni si rischia di spostare il disvalore del fatto dall'evento alla condotta.

In relazione ad una condotta attiva, il fatto che una condotta diversa avrebbe evitato l'evento è di tutto irrilevante e non è necessario chiederselo o indagarlo, è sufficiente constatare che in assenza di quella condotta l'evento non sarebbe venuto in essere o si sarebbe quantomeno verificato più in là nel tempo. Diversamente, se la condotta (magari non completamente inerte) è ritenuta omissiva, occorre interrogarsi proprio sull'efficacia impeditiva dell'evento di una diversa condotta esigibile dal soggetto agente<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> A tal proposito si veda *supra* p. 25 ss.

<sup>102</sup> Cfr Cass. Pen, Sez. IV, 6 novembre 2007, n. 840 e Cass. Pen., Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 26020, entrambe in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>103</sup> In questo senso, merita di essere riportato un passaggio significativo di Cass. Pen, Sez. IV, 6 novembre 2007, n. 840 in *dejure.giuffrè.it*: “Se dunque nel caso in esame la causalità ha natura commissiva e se l'evento è causalmente ricollegabile alla condotta dell'imputato in termini di sostanziale certezza è evidente che non è necessario porsi la domanda se il mutamento della terapia avrebbe avuto efficacia salvifica. Anche se la risposta fosse negativa l'evento sarebbe infatti pur sempre ricollegabile alla iniziale condotta attiva dell'agente”.

Altra questioni di centrale importanza nell'analisi delle differenze tra azione ed omissione nello studio della causalità, attiene al fatto che a fronte di una condotta commissiva colposa è del tutto irrilevante la sussistenza o meno di un obbligo di impedire l'evento poiché in questi casi non si tratta di individuare chi doveva intervenire per evitare l'evento, bensì chi, con la propria condotta attiva, ha contribuito a cagionarlo<sup>104</sup>.

### 7. Il grado di certezza nella causalità omissiva.

Fermo l'approdo secondo cui anche la causalità omissiva è strutturata sulla scorta del modello condizionalistico con conseguente ricorso al giudizio controfattuale, si è posto in giurisprudenza il problema del grado di certezza che la spiegazione causale deve soddisfare. A tal proposito, ci si è interrogati, soprattutto in relazione ai delitti omissivi impropri posti in essere nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica, su quale dovesse essere il grado di certezza in relazione all'efficacia impeditiva e salvifica del comportamento alternativo omesso (ma supposto come realizzato) rispetto al singolo evento lesivo. In altre parole, ci si è chiesti quale dovesse essere il grado di probabilità di effettivo condizionamento della condotta omissiva per poterne decretare l'efficacia causale e conseguentemente addivenire all'imputazione oggettiva dell'evento all'omittente.

La questione è stata affrontata dalle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione nella pronuncia n. 30328 depositata l'11 settembre 2002<sup>105</sup>, nota come sentenza Franzese dal nome del medico all'epoca imputato.

L'occasione per l'intervento delle Sezioni Unite sull'argomento è stata offerta dal ricorso dei difensori del sanitario condannato per omicidio colposo omissivo per non aver diagnosticata e curato una patologia che aveva poi portato alla morte del paziente. Il ricorrente si doleva infatti, tra l'altro, che non fosse stata dimostrata, nel corso del giudizio di merito, l'effettiva causalità delle addebitate omissioni diagnostiche e di cura.

---

<sup>104</sup> Della questione fa cenno Cass. Pen., Sez. IV, 29 aprile 2009, n. 26020, in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>105</sup> Ampi passaggi della motivazione della sentenza sono riproposti nel prosieguo.

La Quarta Sezione della Corte di Cassazione rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite sul rilievo dell'esistenza di un ormai radicale contrasto interpretativo, formatosi all'interno della stessa Sezione, in ordine alla ricostruzione del nesso causale tra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico-chirurgo. I giudici rimettenti osservavano come al più recente orientamento, secondo il quale è richiesta la prova che un diverso ed ipotizzato comportamento dell'agente avrebbe impedito l'evento con un elevato grado di probabilità vicino alla certezza, e cioè in una percentuale di casi quasi prossima a cento<sup>106</sup>, si contrapponga un indirizzo maggioritario, ma più risalente, che ritiene sufficienti serie ed apprezzabili probabilità di successo della condotta che avrebbe potuto impedire l'evento<sup>107</sup>.

Secondo quest'ultimo indirizzo interpretativo, sviluppatosi tra gli anni '80 e '90, le accentuate difficoltà probatorie e il valore meramente probabilistico della spiegazione causale quando si tratti di verificare profili omissivi e strettamente ipotetici del decorso eziologico, legittimerebbero un affievolimento dell'obbligo del giudice di pervenire ad un accertamento rigoroso della causalità. In questo senso, atteso il valore primario del bene giuridico protetto in materia di trattamenti terapeutici e chirurgici, dovrebbe dunque riconoscersi appagante valenza persuasiva a «serie ed apprezzabili probabilità di successo» (anche se “limitate” e con ridotti coefficienti, talora indicati in misura addirittura inferiore al 50%) dell'ipotetico comportamento doveroso, omesso ma supposto mentalmente come realizzato, sull'assunto che “quando è in gioco la vita umana anche poche probabilità di sopravvivenza rendono necessario l'intervento del medico”.

Nella pronuncia in esame, le Sezioni Unite Penali dissentono da quest'ultima prospettazione poiché, come è stato sottolineato dall'opposto, più

---

<sup>106</sup> Questo orientamento è stato seguito da Cass. Pen., Sez. IV, 28 settembre 2000, rv. 218777; Cass. Pen., Sez. IV, 29 settembre 2000; Cass. Pen., Sez. IV, 25 settembre 2001, rv. 220953; Cass. Pen., Sez. IV, 25 settembre 2001, rv. 220982; Cass. Pen., Sez. IV, 28 novembre 2000, rv. 218727, tutte in *CED Cass.*

<sup>107</sup> Questo orientamento, più datato, è stato seguito *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. IV, 7 gennaio 1983, rv. 158947; Cass. Pen., Sez. IV, 2 aprile 1987, rv. 176402; Cass. Pen., Sez. IV, 7 marzo 1989, rv. 181334; Cass. Pen., Sez. IV, 23 gennaio 1990, rv. 184561; Cass. Pen., Sez. IV, 13 giugno 1990, rv. 185106; Cass. Pen., Sez. IV, 18 ottobre 1990, rv. 185858; Cass. Pen., Sez. IV, 12 luglio 1991, rv. 188921; Cass. Pen., Sez. IV, 23 marzo 1993, rv. 195169; Cass. Pen., Sez. IV, 30 aprile 1993, rv. 195482; Cass. Pen., Sez. IV, 11 novembre 1994, rv. 201554, tutte in *CED Cass.*

recente e sopramenzionato, indirizzo giurisprudenziale, con la tralatizia formula «serie ed apprezzabili probabilità di successo dell'ipotetico intervento salvifico del medico» si finisce per esprimere coefficienti di probabilità indeterminati, mutevoli, manipolabili dall'interprete, talora attestati su standard davvero esigui.

Le pretese difficoltà probatorie, ad avviso delle Sezioni Unite, non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione debole della causalità che finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio.

Tuttavia, le Sezioni Unite osservano anche che se si pretendesse una spiegazione causale di tipo deterministico e nomologico-deduttivo, secondo criteri di utopistica certezza assoluta, si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo penale in settori nevralgici per la tutela di beni primari. Occorre infatti riconoscere che la conoscenza giudiziale del fatto nell'ambito del processo penale è fondata su ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo che invero, prendendo le mosse dal fatto storico copiosamente caratterizzato nel suo concreto verificarsi, ne formulano la più probabile ipotesi ricostruttiva.

Tutto ciò deve far concludere che il giudice, pur dovendo accertare *ex post*, inferendo dalle suddette generalizzazioni causali e sulla base dell'intera evidenza probatoria disponibile, che la condotta dell'agente «è» e non semplicemente «può essere» condizione necessaria del singolo evento lesivo, è tuttavia impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di certezza processuale, in base ai quali, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, si giungerà ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da un alto grado di credibilità razionale ovvero dalla conferma dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare. Tale giudizio di responsabilità è enunciato dalla giurisprudenza anche in termini di «elevata probabilità logica» o «probabilità prossima alla - confinante con la certezza».

Per il Supremo Collegio, non è in definitiva sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche

universali e quelle statistiche che esprimono un coefficiente probabilistico prossimo al 100%, ossia alla certezza, quanto all'efficacia impeditiva della prestazione doverosa e omessa, soprattutto in contesti come quelli della medicina dove si riscontrano complesse reti di antecedenti. Va ad ogni modo precisato che, rispetto al singolo evento, è indubbio che coefficienti probabilistici medio-bassi di verifica dello stesso, supportati da leggi statistiche o da generalizzazioni empiriche del senso comune o, ancora, da rilevazioni epidemiologiche, impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento tra omissione ed evento.

Viceversa, sempre secondo le Sezioni Unite, livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da leggi di carattere universale, pur configurando un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in numero percentualmente alto di casi, pretendono sempre che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo, insieme con l'irrilevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse, controllandone quindi l'attendibilità in riferimento al singolo evento e all'evidenza disponibile.

In definitiva, nell'affermare che la sussistenza del nesso causale tra omissione ed evento pretende «un'alta o elevata credibilità razionale dell'accertamento giudiziale», le Sezioni Unite non intendono fare riferimento al parametro nomologico utilizzato per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità, bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente – e proporzionalmente – dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità.

Sul punto il Supremo Collegio precisa che “La moderna dottrina che ha approfondito la teoria della prova dei fatti giuridici ha infatti precisato che; mentre la «probabilità statistica» attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi (strumento utile e talora decisivo ai fini dell’indagine causale), la «probabilità logica», seguendo l’incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell’ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell’intera evidenza disponibile, dell’attendibilità dell’impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell’accertamento giudiziale<sup>108</sup>. Si osserva in proposito che, se nelle scienze naturali la spiegazione statistica presenta spesso un carattere quantitativo, per le scienze sociali come il diritto – ove il *relatum* è costituito da un comportamento umano – appare, per contro, inadeguato esprimere il grado di corroborazione dell’*explanandum* e il risultato della stima probabilistica mediante cristallizzati coefficienti numerici, piuttosto che enunciare gli stessi in termini qualitativi”.

Partendo dunque dallo specifico punto di vista che interessa il giurista, le Sezioni Unite ritengono, “con particolare riguardo ai decorsi causali ipotetici, complessi o alternativi, che rimane compito ineludibile del diritto e della conoscenza giudiziale stabilire se la postulata connessione nomologica, che forma la base per il libero convincimento del giudice, ma non esaurisce di per se stessa la verifica esplicativa del fenomeno, sia effettivamente pertinente e debba considerarsi razionalmente credibile, sì da attingere quel risultato di «certezza processuale» che, all’esito del ragionamento probatorio, sia in grado di giustificare la logica conclusione che, tenendosi l’azione doverosa omessa, il singolo evento lesivo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe inevitabilmente verificato, ma (nel quando) in epoca significativamente posteriore o (per come) con minore intensità lesiva.

D’altra parte, atteso che il nesso causale si configura come requisito oggettivo della fattispecie criminosa, non possono non valere per esso gli identici

---

<sup>108</sup> In tal senso, cfr. anche Cass. Pen., Sez. IV, 5 ottobre 1999, in *CED Cass.*, rv. 216219; Cass. Pen., Sez. IV, 30 marzo 2000, in *CED Cass.*, rv. 219426.

critéri di accertamento e di rigore dimostrativo che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato.

Il procedimento logico, invero non dissimile dalla sequenza del ragionamento inferenziale dettato in tema di prova indiziaria dall'art. 192 comma 2 c.p.p. (il cui nucleo essenziale è già racchiuso, peraltro, nella regola stabilita per la valutazione della prova in generale dal primo comma della medesima disposizione, nonché in quella della doverosa ponderazione delle ipotesi antagoniste prescritta dall'art. 546, comma 1 lett. e c.p.p.), deve condurre, perché sia valorizzata la funzione ascrittiva dell'imputazione causale, alla conclusione caratterizzata da un «alto grado di credibilità razionale», quindi alla «certezza processuale», che, esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta omissiva dell'imputato, alla luce della cornice nomologica e dei dati ontologici, è stata condizione «necessaria» dell'evento, attribuibile per ciò all'agente come fatto proprio.

*Ex adverso*, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi che in base all'evidenza disponibile lo avvalorino nel caso concreto, in ordine ai meccanismi sinergici dei plurimi antecedenti, per ciò sulla reale efficacia condizionante della singola condotta omissiva all'interno della rete di causazione, non può non comportare la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio stabilito dall'art. 530 comma 2 c.p.p., secondo il canone di garanzia «in dubio pro reo». E non, viceversa, la disarticolazione del concetto di causa penalmente rilevante che, per tale via, finirebbe per regredire ad una contraddittoria nozione di «necessità» graduabile in coefficienti numerici”.

In conclusione, in ordine al problema dell'accertamento del rapporto di causalità, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri ed allo specifico settore dell'attività medico-chirurgica, le Sezioni Unite Penale enunciano i seguenti principi di diritto:

“a) 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 dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*,

questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

b) Non é consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con «alto o elevato grado di credibilità razionale» o «probabilità logica».

c) L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio”.

Quanto sin qui illustrato con specifico riferimento alla responsabilità medica deve trovare riscontro anche nell'ambito della responsabilità penale per la morte o le lesioni personali patite dall'utente della strada a causa di insidie o difetti manutentivi dell'infrastruttura. Non v'è dubbio che in quest'ultime fattispecie le difficoltà ricostruttive del processo eziologico e le problematiche relative al ragionamento inferenziale sono assai più limitate rispetto al campo medico, ma le logiche che devono guidare l'accertamento giudiziale del nesso causale sono le medesime. Sicché il giudice dovrà di volta in volta verificare, sulla base di tutti gli elementi fattuali in suo possesso, se la condotta pretesa dall'ordinamento a tutela della sicurezza dell'infrastruttura ed invero omessa dall'obbligato avrebbe impedito l'evento in termini di elevata probabilità logica, escludendo che l'accadimento sia dipeso da processi causali diversi, comprendendo in quest'ultimi la condotta di terzi coinvolti nel fatto ovvero della stessa persona offesa.



## CAPITOLO IV

### L'OBBLIGO DI IMPEDIRE L'EVENTO

SOMMARIO: 1. Classificazione introduttiva. — 2. Dall'obbligo di impedire l'evento all'obbligo di garanzia. — 3. Gli obblighi di controllo. — 4. La posizione di garanzia: la possibilità giuridica e materiale di impedire l'evento. — 5. Obblighi di garanzia e obblighi di diligenza. — 6. L'individuazione dell'azione doverosa. — 7. Le fonti dell'obbligo di garanzia. — 8. Le fonti: la legge. — 9. Le fonti dell'obbligo di impedire lesioni personali o morte da insidia stradale: le disposizioni sull'illecito civile extracontrattuale al vaglio dei principi penalistici. — 10. Dal codice civile al codice della strada attraverso il codice penale.

#### *1. Classificazione introduttiva.*

La responsabilità penale per non aver impedito un evento in realtà dipeso da processi causali estranei all'azione del soggetto agente si giustifica, quantomeno sul piano giuridico-formale<sup>109</sup>, sulla scorta di un obbligo di agire in tal senso, ovviamente<sup>110</sup> preesistente al fatto.

In merito alla natura di siffatto obbligo, l'unica indicazione espressa fornita dal legislatore attiene alla sua necessaria giuridicità<sup>111</sup>. Ogni altra questione è dunque rimessa all'opera dell'interprete.

A tal proposito, sulla scorta della dottrina che in passato si è approfonditamente occupata dell'argomento<sup>112</sup>, la ricostruzione delle caratteristiche dell'obbligo di cui trattasi può oggi giovare di una fondamentale ed illuminante distinzione tra obblighi di garanzia, obblighi di sorveglianza e obblighi di attivarsi.

---

<sup>109</sup> Dal punto di vista sostanziale, la giustificazione di una simile responsabilità richiede anche l'effettiva possibilità di intervenire concretamente sul processo causale onde evitare l'evento.

<sup>110</sup> Diversamente, è di tutta evidenza che l'incriminazione si porrebbe in contrasto con il principio di irretroattività.

<sup>111</sup> In questo senso si esprime il disposto di cui all'art. 40, comma 2, c.p.

<sup>112</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 170; e, soprattutto, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 15.

Solamente gli obblighi di garanzia, così come definiti dalla citata dottrina, integrerebbero l'obbligo giuridico di impedire l'evento rilevante per l'imputazione omissiva del fatto reato. Unicamente gli obblighi in parola avrebbero infatti caratteristiche tali da consentire al meccanismo dell'equivalenza tra cagionare e non impedire l'evento di cui all'art. 40, comma 2, c.p. di superare il vaglio di costituzionalità, in relazione, in particolare, ai principi di offensività ed *extrema ratio*, nonché al principio di personalità della responsabilità penale.

Gli obblighi giuridici rilevanti al fine di esaminare ed interpretare la clausola di equivalenza *ex art. 40, comma 2 c.p.* si possono dunque distinguere in:

- a) *obblighi di garanzia*, consistenti nell'obbligo giuridico di impedire eventi offensivi di beni altrui gravante su soggetti previamente forniti dei poteri giuridici necessari per operare in tal senso. La menzionata dottrina precisa come per una siffatta qualificazione l'obbligo deve trovare necessariamente fondamento e giustificazione nell'incapacità del titolare del bene di proteggerlo adeguatamente in modo autonomo. Suddetta figura di obbligo di impedire l'evento, oltre a pretendere che l'obbligato sia munito dei poteri di vigilanza ed intervento necessari, sarebbe dunque contraddistinto da una funzione di tutela rafforzata a favore di beni giuridici per i quali il titolare si trova nell'impossibilità, giuridica o fattuale, di proteggerli adeguatamente<sup>113</sup>. Sarebbe questa l'unica tipologia d'obblighi giuridici davvero capace di integrare la previsione di una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento di cui all'art. 40, comma 2, c.p.;
- b) *obblighi di sorveglianza*, i quali consistono nell'obbligo giuridico di vigilare al fine di conoscere l'eventuale commissione di fatti offensivi di cui si deve notificare il titolare del bene pregiudicato o il suo garante. L'obbligato è in questo caso sprovvisto di poteri impeditivi dell'evento lesivo e la violazione di siffatto obbligo rimane perlopiù penalmente irrilevante, salvo i rari casi in cui sia disposta un'apposita incriminazione dell'omessa vigilanza in quanto tale<sup>114</sup>;

---

<sup>113</sup> In questo senso, cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 187 ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 30 ss. e 129 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 184 ss.

<sup>114</sup> Non va sottaciuto che talvolta, laddove l'omessa sorveglianza appaia meritevole di pena, la giurisprudenza tende a configurare il fatto in termini di concorso mediante omissione nel reato non

c) *obblighi di attivarsi*, che, come l'obbligo di garanzia, consiste in un obbligo giuridico di agire per la tutela di determinati beni, ma l'obbligato è in questo caso privo di una previa attribuzione di poteri giuridici tanto impeditivi quanto di sorveglianza. Non riveste cioè una preordinata posizione di garanzia nei confronti del bene bisognoso di tutela. La violazione di un obbligo di tal fatta assume rilevanza penale solamente laddove espressamente incriminata dalla legge come, ad esempio, nell'omissione di soccorso di cui all'art. 593 c.p., ovvero, in caso di incidente stradale, nella previsione di cui all'art. 189 c.d.s.

Nell'ambito degli obblighi di garanzia, la dottrina opera poi un'ulteriore fondamentale distinzione tra *obblighi di protezione* e *obblighi di controllo*. I primi impongono all'obbligato di proteggere determinati beni contro tutte le fonti di pericolo che possono pregiudicarli, invece i secondi prescrivono di vigilare su talune fonti di pericolo al fine di scongiurare offese a tutti i beni ad esse esposte. Il più delle volte, l'imposizione di un obbligo di controllo sottende l'esistenza di un potere di organizzazione o di disposizione relativo a cose o situazioni potenzialmente pericolose.

Tanto gli obblighi di protezione quanto quelli di controllo condividono ciò che giustifica l'esistenza stessa degli obblighi di garanzia, ossia l'insufficienza della tutela realizzabile in via autonoma da parte del titolare del bene a causa della sua incapacità di autoprotettersi (obbligo di protezione) o dell'impossibilità di ingerirsi nella gestione della fonte di pericolo a cui è necessariamente esposto (obbligo di controllo).

All'esposta bipartizione degli obblighi di garanzia occorre invero aggiungere una terza categoria che tuttavia rimane ai margini della presente ricerca: l'obbligo di impedire azioni criminose da parte di terzi. In questi casi, l'obbligato inadempiente non è in realtà assoggettato a pena in base al reato omissivo improprio monosoggettivo *ex art. 40, comma 2, c.p.*, ma piuttosto al concorso omissivo nel reato non impedito<sup>115</sup>.

---

impedito, così da recuperare, surrettiziamente ed in palese violazione del principio di legalità, una punizione per l'omittente.

<sup>115</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 182.

2. Dall'obbligo di impedire l'evento all'obbligo di garanzia.

Nel linguaggio della dottrina la dizione codicistica “obbligo giuridico di impedire l'evento” è stata di fatto sostituita dall'espressione “obbligo di garanzia”. Il mutamento non è di etichetta, ma sottende una diversa e più ampia concezione dei presupposti su cui si fonda l'equiparazione tra omissione non impeditiva e causazione attiva dell'evento. Esso si spiega, infatti, con il progressivo passaggio da una concezione meramente formale, legata unicamente all'obbligo giuridico citato dal legislatore, ad una elaborazione sostanzialistico-funzionale del medesimo obbligo<sup>116</sup>.

Secondo quest'ultima elaborazione, la previsione formale dell'obbligo di impedire l'evento non è affatto sufficiente ad integrare l'equivalenza tra cagionare e non impedire. Occorre invece un'ulteriore requisito: l'obbligo di impedire l'evento deve essere strumentale all'attuazione della funzione costituzionalmente riconoscibile alla responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, ossia munire di una tutela rafforzata particolari beni giuridici, per l'incapacità dei relativi titolari di proteggerli adeguatamente. In questo senso, si suole affermare che il soggetto a cui è addossato siffatto obbligo viene ad assumere una posizione di garanzia in relazione al bene giuridico bisognoso di tutela. E' quasi superfluo precisare come il principio di legalità imponga comunque la sussistenza di una fonte formale, non ammettendo per contro l'individuazione di posizioni di garanzia di mero fatto sulla scorta di vincoli di tutela o rapporti di dipendenza non formalizzati in specifici obblighi giuridici di garanzia.

L'elaborazione appena accennata, su cui si tornerà più ampiamente nel prosieguo, sottende la cosiddetta concezione mista dell'obbligo di impedire l'evento in ragione dell'integrazione tra una visione meramente formalistica ed una opposta prospettazione unicamente sostanzialistica non ammessa dal nostro sistema costituzionale<sup>117</sup>. La posizione di garanzia viene dunque intesa innanzitutto in senso giuridico formale come “il complesso dei poteri-doveri giuridici impeditivi espressamente conferiti al garante da una specifica norma, in un momento antecedente alla situazione di pericolo che attualizza l'obbligo di

<sup>116</sup> Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 66.

<sup>117</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 242.

impedire l’evento”<sup>118</sup>. Tuttavia, la definizione deve essere opportunamente completata dando conto di come tale obbligo posto in capo ai garanti sia teso a scongiurare eventi offensivi di beni altrui “affidati alla loro tutela per l’incapacità dei titolari di adeguatamente proteggerli”<sup>119</sup>.

Come noto, la giustificazione della previsione di posizioni di garanzia è rinvenuta, sulla sorta delle disposizioni di cui agli artt. 2, 32, 41, comma 2, Cost., nei principi solidaristici che impongono una tutela rafforzata e privilegiata di determinati beni o da determinati pericoli – non essendo i titolari dei beni o i soggetti esposti ai pericoli in grado di proteggersi adeguatamente – con l’attribuzione, a determinati soggetti, della qualità di garanti della salvaguardia dell’integrità di beni ritenuti di primaria importanza per la persona. La nozione di posizione di garanzia trae origine dal citato obbligo giuridico di impedire l’evento, tuttavia, ha fatto poi registrare una certa evoluzione volta a risolvere alcune tensioni emerse in relazione ai principi costituzionali di riserva di legge, di tassatività, di solidarietà, di libertà e, non ultimo, di personalità della responsabilità penale<sup>120</sup>.

Va detto, sin d’ora, che in ragione della sua collocazione nel contesto dell’ordinamento penalistico e della sua struttura, la posizione di garanzia viene ad essere un istituto di raccordo tra il sistema penale e l’ordinamento giuridico complessivo<sup>121</sup>, poiché attribuisce rilevanza penale ad obblighi giuridici il cui fondamento e la cui disciplina sono propri di contesti normativi extrapenali. In questo senso, il diritto penale si apre alle altre branche del diritto. Introducendo in questo modo il problema di selezionare le norme extrapenali capaci di far sorgere, nel diverso contesto dell’ordinamento penalistico, gli obblighi di garanzia come sopra definiti<sup>122</sup>.

Occorre infine avvertire come talvolta nel linguaggio giuridico si adombri una nozione di obbligo di garanzia più ampia, in realtà inutile e fuorviante. Di

---

<sup>118</sup> I. LEONCINI, *op. ult. cit.*, p. 78.

<sup>119</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 169. Quest’ultima definizione è ripresa e avvalorata in sede giurisprudenziale da Cass. Pen., Sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>120</sup> Per una sintetica e puntuale esposizione di tali tensioni cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 166 ss.

<sup>121</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *L’articolazione delle posizioni di garanzia all’interno di organizzazioni complesse*, in *Incontri di studio del CSM*, <http://astra.csm.it/incontri/corso.php>, Roma, 2003 e in <http://www.ipasvi.torino.it/LinkClick.aspx?fileticket=e%2fN3cw1g1Kk%3d&tabid=759>, p. 1.

<sup>122</sup> Si veda *supra* p. 70 ss.

tanto in tanto, infatti, dottrina e giurisprudenza tendono a prefigurare obblighi di garanzia senza che ve ne sia alcun bisogno, poiché, si verte, più semplicemente, in vere e proprie ipotesi commissive in cui risulta più che sufficiente individuare chi, con la propria azione pericolosa, ha cagionato o contribuito a cagionare l’evento, prescindendosi totalmente dalla circostanza che egli fosse gravato o meno da obblighi di garanzia.

### 3. Gli obblighi di controllo.

Focalizzata l’attenzione sui soli obblighi di garanzia, già tralasciati quindi gli obblighi di sorveglianza e quelli di attivarsi poiché non rilevanti ai fini del presente studio, la medesima logica impone ora di concentrarsi unicamente sugli obblighi di controllo. E questa infatti la tipologia di obblighi di garanzia – e non gli obblighi di protezione – che rileva con specifico riferimento ai delitti omissivi di lesioni personali o morte da insidia stradale, avuto riguardo ai quali la fonte di pericolo “da controllare” è specificamente rappresentata dalla strada con i suoi accessori e le sue pertinenze.

In passato, nel contesto della categoria degli obblighi di controllo idonei a far insorgere fattispecie omissive improprie si agitavano due ipotesi molto differenti quanto alla fonte del pericolo su cui ragionare in termini di obbligo di garanzia e responsabilità omissiva<sup>123</sup>.

Facendo leva sull’esistenza in capo al garante di una posizione fattuale di dominio, si ritenevano infatti appartenenti a suddetta categoria tanto gli obblighi derivanti da una situazione statica quale, ad esempio, la proprietà di un edificio o di una costruzione che minacciasse rovina<sup>124</sup>, quanto le cautele da adottarsi in relazione all’esercizio di un’attività pericolosa<sup>125</sup>. Più di recente, si è però

---

<sup>123</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 322.

<sup>124</sup> Il fondamento formale di tali obblighi viene rinvenuto negli artt. 2051, 2052, 2053 c.c. che regolano la responsabilità civile extracontrattuale rispettivamente per danni da cose in custodia, animali e rovina di edifici. Non manca però chi ritiene che molti obblighi di controllo troverebbero la loro fonte primaria direttamente nelle norme penali, tra cui, ad es. nell’art. 677. Profondamente critica verso questa seconda posizione I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 33.

<sup>125</sup> In questa seconda ipotesi, il riferimento più frequente è al disposto di cui all’art. 2050 c.c. che impone un obbligo di risarcimento del danno provocato genericamente dallo svolgimento di

correttamente osservato che laddove la fonte del pericolo derivi da un'attività pericolosa non si versa invero in un'ipotesi di causalità omissiva, bensì di causalità attiva riconducibile appunto all'attività pericolosa posta in essere. In tale evenienza, l'obbligo asseritamente violato non consiste in un dovere di controllo della cosa intrinsecamente pericolosa in relazione a decorsi causali estranei all'azione dell'agente, ma in un obbligo di diligenza nel compimento dell'attività pericolosa, fondante dunque una responsabilità colposa in fattispecie illecite a condotta attiva<sup>126</sup>. In questo senso, occorre essere profondamente critici in relazione alla teoria di origine tedesca della cosiddetta ingerenza, secondo la quale il soggetto agente andrebbe ritenuto responsabile per l'omesso impedimento di eventi derivanti da una situazione di pericolo da lui stesso creata.

L'obbligo di controllo deve essere più correttamente ricondotto alle sole situazioni statiche di pericolo in cui l'ordinamento introduce un obbligo di intervento a prevenzione di eventi dannosi. In tali situazioni, mancando un'azione umana naturalistica creatrice del pericolo, l'unico modo per tutelare i soggetti esposti alla minaccia è infatti attraverso l'introduzione di obblighi di garanzia a carico dei soggetti concretamente in grado, in termini giuridici e fattuali, di intervenire sulla fonte del pericolo, fin dove il progresso tecnico lo consente<sup>127</sup>, per scongiurare il concretizzarsi del evento dannoso. Le ipotesi di pericolo in discussione sono ovviamente situazioni di cui non si può fare a meno, ossia contesti che nonostante la loro rischiosità sono valutati positivamente dall'ordinamento che si impegna dunque per contenere il pericolo senza però interdirne completamente la fonte.

In perfetta aderenza a questa logica vanno considerate le infrastrutture stradali e, più in generale, il contesto della circolazione stradale. La cronaca che quotidianamente dà conto delle numerose vittime di incidenti, nel sottolineare la pericolosità delle strade, non può tuttavia negare il fatto che la circolazione stradale è un'attività umana (al momento) irrinunciabile. Le infrastrutture stradali rivestono indiscutibilmente un ruolo di primaria rilevanza economica e sociale per

---

un'attività pericolosa, nonché, più di rado, al disposto di cui all'art. 2054 c.c. in materia di circolazione stradale.

<sup>126</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 181.

<sup>127</sup> Il progresso della tecnica costringe il garante a standard di sicurezza sempre più elevati e quindi ad obblighi di controllo della fonte di pericolo sempre più pregnanti.

cui è davvero inimmaginabile una realtà che se ne privi. E' dunque necessario, ferma la sussistenza della fonte di pericolo, approntare idonei obblighi di controllo capaci di limitarne l'effettiva dannosità. Beninteso che il riferimento è alla pericolosità della strada in quanto tale e non alla circolazione che su di essa si svolge (attività pericolosa) in ragione della condotta degli utenti. Il richiamo è dunque agli obblighi di controllo gravanti sull'ente proprietario della strada in relazione alla pericolosità insita nell'infrastruttura e nel suo utilizzo e non all'attività del circolarvi. Quest'ultimo contesto normativo, benché rilevante ai fini della sicurezza, è infatti estraneo agli interessi del presente studio, poiché concerne una serie di norme cautelari rivolte a chi transita lungo le strade, mentre qui interessano gli obblighi tesi ad impedire gli eventi dannosi direttamente connessi con la situazione statica fonte di pericolo costituita dall'infrastruttura in quanto tale.

Tornando alla nozione di obbligo di controllo su fonti di pericolo, essa può essere enucleata come quella specie di obbligo di garanzia in cui all'obbligato è accollato il compito di tutelare tutti i beni potenzialmente esposti al pericolo. L'affidamento della tutela del bene al garante si attua con l'assegnazione della funzione di controllo sulla fonte di pericolo, ossia con l'attribuzione al soggetto in questione, da parte di una specifica norma, di una pregressa, rispetto al verificarsi della situazione di pericolo, posizione giuridica di garanzia.

La violazione dell'obbligo di controllo è talvolta sanzionata in quanto tale, se dal caso in via amministrativa, prescindendo dal verificarsi dell'evento da impedire, necessario invece per l'operatività della clausola di equivalenza *ex art.* 40, comma 2, c.p. In questo modo, si mira ad anticipare la soglia della punibilità allo scopo di rafforzare la portata preventiva dell'obbligo di controllo.

Rispetto alla definizione generale di obbligo di garanzia, la categoria degli obblighi di controllo è connotata da alcuni tratti distintivi che tendono ad avvicinare molto le ipotesi di violazione dell'obbligo e dunque di causalità omissiva a quelle di causazione attiva<sup>128</sup>. Tutto ciò presta il fianco a facili fraintendimenti tra condotte attive e condotte omissive.

---

<sup>128</sup> Cfr. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, op. cit., p. 99.

Sul punto, merita innanzitutto osservare che mentre l'obbligo di protezione sottende un rapporto di vicinanza tra il soggetto agente ed il bene affidato alla sua tutela, l'obbligo di controllo presuppone invece un collegamento tra il soggetto e la fonte di pericolo. In questo modo, l'obbligo di controllo tende ad avvicinarsi molto ai doveri di cautela che accompagnano l'agire. Entrambi integrano una tutela rafforzata rivolta a tutti i beni che occasionalmente possono entrare in contatto con la fonte di pericolo. Tuttavia, l'obbligo di controllo si riferisce a processi causali e situazioni di pericolo estranee alla condotta del soggetto agente, mentre la norma cautelare sottesa alla responsabilità commissiva colposa si riferisce ad azioni pericolose poste in essere dallo stesso soggetto agente.

La particolare vicinanza tra obblighi di controllo e norme cautelari e quindi tra responsabilità per omissione e responsabilità commissiva colposa è ulteriormente accresciuta dal fatto che entrambi hanno riguardo a situazioni di pericolo in qualche modo riferibili (poiché provocate o non controllate) al soggetto agente. Non così invece gli obblighi di garanzia del tipo obblighi di protezione, questi mirano infatti alla tutela di uno specifico bene da pericoli esterni e non al contenimento di un pericolo "vicino" all'agente a tutela di beni esterni.

Non va infine sottaciuto come, similmente alle norme cautelari, gli obblighi di controllo si incentrano su misure di sicurezza volte a prevenire eventi dannosi; invece gli obblighi di protezione si atteggiavano in tutt'altro modo, quali doveri di salvataggio di un bene in pericolo.

Va da sé, alla luce di quanto appena esposto, che uno dei problemi più evidenti della categoria degli obblighi di controllo è rappresentato da una ricorrente ambiguità tra obblighi di garanzia e obblighi cautelari, nonché da un persistente fraintendimento tra fattispecie a condotta attiva e vere e proprie ipotesi omissive.

4. La posizione di garanzia: la possibilità giuridica e materiale di impedire l'evento.

Si è già ricordato come la dottrina<sup>129</sup> che si è occupata della materia abbia evidenziato, quale elemento distintivo dell'obbligo di garanzia idoneo ad integrare la previsione di cui all'art. 40, comma 2, c.p., rispetto ad altri obblighi di agire (obbligo di sorveglianza e obbligo di attivarsi), la sussistenza in capo all'obligato di effettivi poteri impeditivi.

Diverse sono le posizioni assunte dalla dottrina circa la reale portata di tali poteri impeditivi: alcuni riconducono la nozione ad una signoria o domino sul decorso causale; altri si riferiscono ad un potere di fatto sul bene da proteggere (obbligo di protezione) o sulla fonte di pericolo (obbligo di controllo).

Entrambe le soluzioni non sarebbero però pienamente soddisfacenti<sup>130</sup>, poiché viziate dal ricorso a criteri fattuali per spiegare un fenomeno, quale quello della causalità omissiva, pacificamente ritenuto di natura normativa. Si è dunque condivisibilmente sostenuto che occorra ricondurre il concetto di posizione di garanzia al principio di legalità formale, identificando quest'ultima nel complesso di poteri e doveri giuridici impeditivi, preesistenti al presupposto di fatto che attualizza l'obbligo di impedire l'evento, ossia poteri di vigilanza sull'insorgenza del pericolo e di intervento diretto sulla situazione di pericolo in atto<sup>131</sup>. Questa impostazione appare rispettosa del principio di legalità, nonché del principio di responsabilità personale di cui all'art. 27 della Carta Costituzionale atteso che il potere giuridico di impedire l'evento lo rende proprio del soggetto agente, come in una sorta di dominabilità giuridica del fatto. A volte tali poteri sono attribuiti al garante per sopperire all'incapacità originaria dei titolari di determinati beni di proteggerli autonomamente (posizioni di protezione), ma altre volte sono paradossalmente essi stessi a costituire in qualche misura le ragioni dell'incapacità. Quest'ultimo è il caso delle posizioni di controllo su fonti di pericolo ed, in particolare, per quanto qui interessa, delle posizioni di controllo

---

<sup>129</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 198; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, *passim*.

<sup>130</sup> Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 71 ss. e dottrina ivi citata.

<sup>131</sup> Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 74.

relative alle infrastrutture stradali, in cui, riservandosi le possibilità di intervento all'ente proprietario della strada ed incentrandosi su di esso i relativi poteri e doveri (e non si può fare diversamente), si rendono giocoforza gli utenti della strada incapaci di proteggersi autonomamente in modo adeguato.

Fermo l'assunto appena enunciato, la dominabilità giuridica del fatto non appare però sufficiente a configurare una nozione di posizione di garanzia conforme a costituzione, poiché, in assenza di una capacità anche fattuale di intervento, si avvalorerebbe una responsabilità di mera posizione e dunque oggettiva.

Della materiale possibilità di impedire l'evento si è già fatto cenno trattando di condotta omissiva<sup>132</sup>. In tale occasione, si è osservato che nei reati omissivi costruiti sulla scorta della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. il requisito della effettività del potere impeditivo tende a divenire elemento costitutivo della posizione di garanzia, a differenza di quanto si riscontra nelle fattispecie omissive espressamente tipizzate dal legislatore in cui, in assenza dell'elaborazione del concetto di posizione di garanzia, tale capacità materiale impeditiva è intesa quale presupposto della condotta. Tutto ciò anche in ragione dell'essenza sostanzialistica del concetto stesso di posizione di garanzia di cui si è già dato conto. Accanto alla sussistenza dei poteri giuridici d'intervento, la posizione di garanzia presuppone dunque per sua stessa natura una possibilità concreta di evitare il verificarsi dell'evento.

La necessità della sussistenza di una possibilità anche materiale d'intervento sul processo eziologico interessa tanto il profilo oggettivo quanto quello soggettivo dell'addebito di responsabilità. Più precisamente, sul piano oggettivo integra l'essenza stessa della condotta omissiva: la mancanza di materiali possibilità di impedire l'evento esclude infatti la *suitas* della condotta o, a monte, la stessa posizione di garanzia. Sul piano soggettivo si riflette invece sul giudizio di colpevolezza, escludendo l'esigibilità di una condotta conforme al precetto e dunque una reale rimproverabilità del fatto reato a danno dell'omittente.

Alla luce di quanto esposto, si può senza dubbio affermare che la sussistenza di una posizione di garanzia pretende che il soggetto agente disponga

---

<sup>132</sup> Si veda *supra* p. 23.

tanto della possibilità giuridica quanto di quella materiale di impedire l'evento. Le posizioni di garanzia si fondano innanzitutto sulla previa attribuzione di obblighi e poteri giuridici d'intervento, ossia una sorta di preliminare configurazione giuridica della posizione di garanzia. Il fatto concreto, poi, per un verso attualizza suddetti poteri, e, per altro verso, costringe a verificarne l'effettiva operatività. Il bagnino che scorge un bagnante in difficoltà deve intervenire perché su di esso grava una preliminare posizione di garanzia in ragione dei compiti precedentemente attribuitigli; diversamente, il campione di nuoto presente sul posto, benché di fatto dotato di capacità impeditive sicuramente superiori, non ha alcun obbligo di intervento. Per configurare una responsabilità omissiva impropria, non è dunque sufficiente la materiale possibilità di impedire l'evento, ma è sempre necessario che l'ordinamento abbia previamente configurato una posizione di garanzia in capo all'interessato. Ma il discorso vale anche al contrario. La posizione di garanzia astrattamente configurata dall'ordinamento non basta infatti a far insorgere una responsabilità penale per il mancato impedimento dell'evento, allorché essa non sia accompagnata dalla concreta possibilità di intervenire in senso impeditivo<sup>133</sup>.

Responsabilizzare un soggetto per non avere impedito un evento che si traduca in illecito, anche quando egli fosse in realtà sfornito di poteri giuridici o materiali idonei ad impedirlo, significherebbe privare di significato il principio di personalità della responsabilità penale cristallizzato nel disposto di cui all'articolo 27, comma 1, della Costituzione.

Sul punto, va precisato come la configurabilità di una responsabilità omissiva non pretenda in realtà che il garante sia munito di tutte le possibilità di intervento. Normalmente l'ordinamento richiede infatti al garante di porre in essere ogni intervento nelle sue possibilità atto a contenere la situazione di pericolo, senza descrivere una specifica condotta. Conseguentemente, si può

---

<sup>133</sup> In proposito va segnalata Cass. Pen., Sez. IV, 6 luglio 2006, n. 32298, in *CED Cass.*, rv. 235369, e in *Riv. Pen.*, 2007, 9, p. 945, in cui il Collegio ha per l'appunto sottolineato che le componenti essenziali della posizione di garanzia sono costituite, da un lato, da una fonte normativa di diritto privato o pubblico, anche non scritta, o da una situazione di fatto per precedente condotta illegittima, che costituisca il dovere di intervento; dall'altro lato, dall'esistenza di un potere giuridico, ma anche di fatto, attraverso il corretto uso del quale il soggetto garante sia in grado, attivandosi, di impedire l'evento. Negli stessi termini cfr. pure Cass. Pen., Sez. IV, 13 giugno 2007, n. 34115, in *CED Cass.*, rv. 237048.

distingue un'impossibilità assoluta che libera *tout court* il garante dall'obbligo, da un'impossibilità relativa che al contrario gli impone di tenere le altre azioni impeditive eventualmente possibili. In quest'ultimo caso, al garante potrà infatti essere comunque rimproverato di non aver posto in essere ogni intervento dal medesimo esigibile. Si faccia a tal proposito l'esempio della madre il cui figlioletto sta annegando: la madre non è tenuta a soccorrerlo se non è capace di nuotare, ma ciò non la esime di certo dal chiamare i soccorsi; e, nello stesso senso, il tecnico comunale responsabile della manutenzione di una certa strada particolarmente sconnessa, nel caso in cui non disponga delle risorse necessarie per un radicale intervento di rifacimento, non andrà esente da responsabilità se non si sia attivato apponendo prontamente l'idonea segnaletica di pericolo e prescrizione ed interdicensi, se dal caso, il traffico.

Insomma, la posizione di garanzia pretende l'effettiva possibilità di intervenire, ma questa può atteggiarsi in modo diverso, finanche attestarsi su livelli di più contenuta efficacia rispetto a quanto direttamente e specificamente necessario ad impedire il verificarsi dell'evento. Nella gran parte dei casi i garanti non dispongono sempre e in ogni situazione di tutte le concrete possibilità d'intervento, ciononostante la posizione di garanzia va valutata in relazione ai poteri impeditivi concretamente attivabili nel caso di specie. Saranno proprio le situazioni concrete a determinare l'ambito dei poteri impeditivi esigibili da parte del garante.

In conclusione, rimane acclarato che l'agente non risponde del verificarsi dell'evento se, pur titolare di una astratta posizione di garanzia, non sia nelle condizioni di influenzare il corso degli eventi. Per converso, chi dispone di siffatta possibilità non risponde comunque del fatto, allorché non sia previamente gravato da un obbligo giuridico di intervenire per modificare il decorso degli avvenimenti.

##### *5. Obblighi di garanzia e obblighi di diligenza.*

In un contesto come quello della circolazione stradale, in cui coesistono situazioni di pericolo legate all'infrastruttura stradale in quanto tale ed ipotesi di

pericolo proprie delle attività che su di esse si svolgono, si pone spesso il problema di distinguere gli obblighi o oneri di diligenza aventi ad oggetto l'adozione delle misure cautelari nell'esercizio dell'attività pericolosa, dall'obbligo di garanzia fondante un'eventuale responsabilità per omissione in relazione al controllo e alla gestione della situazione statica di pericolo<sup>134</sup>.

La commistione e le difficoltà sono date, per un verso, dalla componente omissiva della colpa che tende ad adombrare forme di responsabilità per omissione attraverso l'erronea riqualificazione dell'obbligo di diligenza violato in obbligo di garanzia<sup>135</sup>; e, per altro verso, dal fatto che quantunque l'obbligo di garanzia attenga unicamente alla responsabilità omissiva, non così la violazione dell'obbligo di diligenza che può invece riguardare tanto la responsabilità (colposa o dolosa a seconda che la regola di diligenza sia violata per trascuratezza oppure per cagionare l'evento) per azione (es. violazione limiti di velocità ed investimento pedone) quanto quella per omissione (es. omessa manutenzione della strada per negligenza nella vigilanza sul suo stato).

La dottrina più accorta<sup>136</sup> ha ben evidenziato le notevoli differenze che intercorrono tra le due tipologie di obblighi: *a)* innanzitutto in termini di funzioni, poiché l'obbligo di garanzia ha carattere repressivo, integrando, in ultima istanza, un divieto di cagionare la lesione benché per omissione, invece l'obbligo di diligenza ha carattere preventivo atteso che mira ad evitare la situazione di pericolo (sia nell'azione che nell'omissione); *b)* quanto ai destinatari dell'obbligo, il primo grava su specifici soggetti (garanti), mentre il secondo interessa chiunque intraprenda un'attività pericolose ancorché sullo stesso gravi già un obbligo di garanzia (es. medico); *c)* circa il contenuto poi, l'obbligo di garanzia comporta un dovere di agire per evitare eventi dannosi derivanti da forze della natura o da terzi, mentre il secondo concerne cautele nell'agire dello stesso soggetto onerato; *d)* l'obbligo di garanzia si attualizza poi quando insorge una situazione di pericolo determinata da terzi o da forze della natura, l'obbligo di diligenza va invece

---

<sup>134</sup> Gli obblighi di diligenza appartengono alla sfera della colpevolezza (rilevante, ovviamente, sia nell'azione che nell'omissione); invece gli obblighi di garanzia sono parte della tipicità (secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 183, l'obbligo di garanzia attiene alla causalità).

<sup>135</sup> L'omissione di cui all'art. 40, comma 2, c.p. non sottende invero un'omissione di cautele, bensì, più radicalmente e specificamente, una vero e proprio omesso impedimento.

<sup>136</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 119 e 120.

adempito in un momento antecedente l'agire pericoloso dell'obbligato; e) il primo è infine violato dall'inerzia di fronte alla situazione di pericolo determinata *aliunde*, il secondo può esser violato in una azione positiva non ponendo in essere le dovute cautele, ma parimenti anche nell'ambito di un'omissione allorché il garante non impedisca l'evento per inosservanza della prescritte cautele (es. ometto ripristino di una buca sulla strada con conseguente decesso di un motociclista per violazione dell'obbligo di cautela relativo ad una puntuale vigilanza sulla rete viabile).

L'obbligo di garanzia e quello di diligenza sono dunque distinti ed autonomi e devono restare tali, nonostante la loro compresenza, anche nei reati omissivi impropri colposi. La titolarità di una posizione di garanzia non è sufficiente ad individuare una responsabilità penale in capo al garante, occorre infatti anche la violazione di una regola cautelare e la prevedibilità ed evitabilità dell'evento che la regola cautelare violata mirava a prevenire. I due profili pretendono distinti accertamenti: innanzitutto occorre verificare la tipicità del fatto e quindi la sussistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, dopodiché deve sempre seguire lo specifico accertamento della colpevolezza, ossia l'inosservanza dell'obbligo di diligenza cioè delle regole cautelari. L'obbligo di garanzia (es. garantire la sicurezza dell'infrastruttura) e la concreta possibilità di adempierlo sono il presupposto necessario dell'obbligo di diligenza<sup>137</sup>, ma la misura della diligenza conserva una sua autonomia concettuale e funzionale (tra gli obblighi cautelari, si possono richiamare, a titolo di esempio, il vigilare con puntualità sulla rete stradale al fine di rilevare anomalie, l'intervenire tempestivamente o il segnalare il pericolo non immediatamente rimovibile). Ben può configurarsi il caso che nonostante la violazione oggettiva dell'obbligo di garanzia, con conseguente verifica dell'evento che si doveva evitare, all'omittente non sia addebitabile una responsabilità penale (colposa), poiché difetta la violazione di una regola cautelare. Nell'ambito di interesse del presente studio, si può far l'esempio del decesso cagionato da una anomalia del manto

---

<sup>137</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 9 maggio 2006, n. 32273, in *CED Cass.*, n. 235177, in cui il Collegio ha precisato che nei reati colposi omissivi, l'accertamento della colpa non può prescindere dalla individuazione della precedente posizione di garanzia, cioè della norma che impone al soggetto a cui si imputa la colpa, di tenere quel comportamento positivo la cui omissione ha determinato il verificarsi dell'evento.

stradale, con conseguente violazione dell'obbligo gravante sull'ente proprietario di garantire la sicurezza delle strade, che tuttavia non è a quest'ultimo rimproverabile, poiché lo stesso ha diligentemente vigilato e l'anomalia non era invero rilevabile oppure si era verificata pochi secondi prima del passaggio del malcapitato ed in modo del tutto imprevedibile<sup>138</sup>.

La netta distinzione tra obblighi di garanzia ed obblighi cautelari è stata talvolta resa difficoltosa da quella dottrina meno recente<sup>139</sup> che richiamava la precedente attività pericolosa del soggetto agente quale fonte dell'obbligo di impedire l'evento. Il realtà altra dottrina<sup>140</sup> ha puntualmente osservato che in tali casi – a parte la violazione del principio di legalità perpetrato rinvenendo l'obbligo giudico di impedire l'evento in un fatto<sup>141</sup> – si verte su normali obblighi precauzionali conseguenti ad una condotta positiva pericolosa. In un contesto quindi del tutto estraneo al reato omissivo improprio e alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p.

#### 6. L'individuazione dell'azione doverosa.

Fermo l'approdo raggiunto secondo cui obbligo di garanzia ed obbligo di diligenza mantengono la loro indipendenza concettuale e di accertamento, non va sottaciuto che di fatto, tanto nelle azione quanto nelle omissioni, laddove di natura colposa, la condotta tipica è in realtà delineata dalla regola cautelare<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 183, nota 38.

<sup>139</sup> Cfr. F. ANTOLISEI, *Parte generale*, edizione aggiornata ed integrata a cura di L. CONTI, Milano, 2003, p. 261.

<sup>140</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 598.

<sup>141</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 115. L'Autore pur confermando l'esclusione della precedente attività pericolosa dalle possibili fonti dell'obbligo di garanzia, poiché in contrasto con la cosiddetta teoria formale, osserva che le attività pericolose sono di regola presidiate da obblighi cautelari normativamente sanciti (es. 673 c.p. "Omesso collocamento o rimozione di segnali o ripari") nei quali sarebbe ravvisabile una finalità impeditiva dell'evento rilevante ex art. 40, comma 2, c.p. In realtà, nemmeno la norma incriminatrice, che per l'autore dovrebbe dare veste di fonte formale alla precedente attività pericolosa, può essere ritenuta fonte dell'obbligo di garanzia, poiché introduce un mero obbligo di attivarsi, non attribuendo e non disciplinando i poteri impeditivi (sul punto, si veda *infra* p. 89 ss.).

<sup>142</sup> In questo senso, da ultimo, cfr. C. SALE, *La condotta medica tra azione e omissione*, cit. Secondo l'autrice "ciò che conta, a prescindere dalla qualificazione della condotta quale attiva o omissiva, è la regola cautelare violata. Nel reato colposo è infatti la regola cautelare che indica qual è la condotta oggetto d'incriminazione, che assegna cioè tipicità alla condotta: violazione

Dovrebbe invero essere l'obbligo di garanzia a delineare il comportamento preteso dall'obligato, ma nella maggior parte dei casi, la norma che lo introduce si limita a porre una relazione tra soggetto onerato e bene da proteggere o fonte di pericolo da controllare, soffermandosi, al più, sul fine del comportamento doveroso<sup>143</sup>, senza però descriverlo<sup>144</sup>. Spetta dunque alla regola di diligenza, nella sua dimensione oggettiva, definire il comportamento esigibile dal garante<sup>145</sup> e quindi contribuire in modo fondante a definire la condotta omissiva tipica. Le regole di diligenza, e conseguentemente la condotta omessa sulla scorta della quale compiere il giudizio controfattuale, andranno definite sulla base di standard oggettivi con riferimento all'agente modello che svolge la stessa professione dell'agente reale nelle medesime circostanze concrete in cui questi si venne a trovare<sup>146</sup>.

La misura oggettiva della colpa va dunque a definire il contenuto dell'obbligo di garanzia, il quale, attesa la natura cautelare della norma di diligenza, verrà ad essere configurato in termini di azioni impeditive del pericolo di lesione piuttosto che di un vero comportamento teso all'impedimento dell'evento lesivo. La condotta tipizzata e pretesa dall'ordinamento sarà in sostanza in qualche misura anticipata rispetto al vero obbligo di impedire l'evento di cui all'art. 40, comma 2, c.p.(es. vigilare sulla strada per verificare situazioni di pericolo)<sup>147</sup>.

In termini di causalità, prima di tutto occorrerà individuare la regola cautelare e solo successivamente interrogarsi in termini controfattuale su cosa sarebbe accaduto se la regola cautelare fosse stata rispettata<sup>148</sup>. Non va tuttavia

---

della regola cautelare e condotta tipica coincidono”; ed ancora “è la violazione della regola cautelare che scolpisce la condotta che poi viene utilizzata, *ex* art. 40 c.p., per il giudizio causale, che viene così a coincidere con quello che talvolta si indica come comportamento alternativo lecito”.

<sup>143</sup> In questo senso cfr., nell'ambito di interesse del presente studio, il disposto di cui all'art. 14, comma 1, del codice della strada in cui, nell'onerare l'ente proprietario della strada di un obbligo di protezione in relazione ai pericoli derivanti dall'infrastruttura si precisa che ciò è dovuto “allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione”

<sup>144</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 363.

<sup>145</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 370.

<sup>146</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 193 ss.

<sup>147</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 371, nonché dottrina citata in nota n. 14.

<sup>148</sup> Ciò in realtà vale per tutti i reati colposi siano essi omissivi piuttosto che commissivi, poiché in tali fattispecie la tipicità della condotta e il giudizio controfattuale si incentrano sempre sulla regola cautelare violata. In questo senso, è stato affermato (cfr. C. SALE, *La condotta medica*, cit.,

dimenticato che, accanto alla causalità delle condotta così configurata, residua comunque uno spazio di accertamento per la cosiddetta causalità della colpa *ex art. 43 c.p.*, Come noto, infatti, la norma citata richiede che nei reato colposi l'evento si verifichi «a causa» di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. Il riferimento è alla cosiddetta concretizzazione del rischio, ossia all'accertamento teso a verificare se l'evento costituisce o meno concretizzazione dello specifico rischio che la regola cautelare violata mira a prevenire.

A parità di obbligo di impedire l'evento, nonostante la natura oggettiva e tipica della condotta, l'azione pretesa dall'ordinamento muta invero in relazione al tipo di garante.

Con specifico riferimento agli enti proprietari della strada, la condotta tipica dipende, in particolare, dalle dimensioni e dalla complessità dell'organizzazione aziendale. Tali parametri incidono infatti sul comportamento che è lecito pretendere dai soggetti – persone fisiche – coinvolti, spaziando: da un puntuale adempimento personale; alla preposizione di soggetti qualificati; ad un controllo analitico e rigoroso; ad una mera attività di coordinamento e strutturazione adeguata dell'organizzazione. Va poi osservato che, in ragione della natura plurisoggettiva dell'ente proprietario, l'obbligo di garanzia potrà gravare su più soggetti contemporaneamente<sup>149</sup>, configurandosi però in modo assai diverso quanto a condotta doverosa a seconda del ruolo da essi rivestito. A fronte di un evento lesivo che poteva essere evitato con l'adozione di adeguate misure di controllo, non è in questo senso sufficiente indagare i soggetti che avevano il compito di adottare tali misure, ma occorrerà valutare anche la posizione di chi li coordinava o dirigeva. Da un generale obbligo di garanzia si possono dunque delineare più d'una condotta tipica a seconda dei livelli e della conformazione dell'organizzazione aziendale<sup>150</sup>. D'altronde, la molteplicità di condotte tipiche è un fenomeno proprio anche dei garanti monosoggettivi, poiché, come già

---

par. 7) che la questione della distinzione fra condotta attiva e omissiva si stempera nel momento dello svolgimento del giudizio controfattuale, mentre tale distinzione esplica tutta la sua rilevanza in un momento prodromico a quello del giudizio controfattuale proprio delle sole fattispecie omissive, ossia nella fase di delineazione della posizione di garanzia e della titolarità dell'obbligo giuridico.

<sup>149</sup> Al tema è dedicato il VI capitolo ed in particolare p. 142 ss.

<sup>150</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 444.

ricordato, nel reato colposo sono ipotizzabili tante condotte tipiche quante sono le regole cautelari violate<sup>151</sup>.

### 7. Le fonti dell'obbligo di garanzia.

Si è già accennato come l'unica indicazione fornita dal legislatore in merito alle fonti dell'obbligo di impedire l'evento sia rappresentata dalla loro natura necessariamente giuridica *ex art. 40 comma 2, c.p.* Tale requisito si è dimostrato largamente insufficiente ad indicare le fonti in questione e ancor di più per tracciare una ineludibile distinzione tra le fonti degli obblighi di garanzia e quelle degli obblighi di attivarsi o di sorveglianza<sup>152</sup>. In particolare, si rimprovera al legislatore di non aver opportunamente esplicitato all'interno della norma la funzione di garanzia che deve essere necessariamente sottesa all'obbligo di impedire l'evento per giustificare l'equivalenza tra impedire e cagionare.

Sul tema dell'individuazione delle fonti dell'obbligo di impedire l'evento si sono succedute tre teorie alle quali si è già fatto in qualche modo riferimento, ma che ora meritano di essere brevemente analizzate.

Una prima concezione più risalente – detta formale – richiedeva che la fonte dell'obbligo di impedire l'evento fosse individuata nella legge o in altro atto dotato di giuridicità formale. La giuridicità della fonte era ritenuta condizione necessaria e soprattutto sufficiente, per l'applicazione della clausola di equivalenza. Inizialmente, le fonti sublegislative non erano peraltro ritenute idonee a fondare l'obbligo, salvo ammetterle in un secondo momento unitamente alla consuetudine e alla *negotiorum gestio*, nonché, in modo del tutto incongruo, poiché priva di substrato formale, alla propria precede attività pericolosa.

A questa tesi è stato innanzitutto criticato di aver trascurato la funzione di garanzia che invece rappresenta la vera *ratio* della clausola di equivalenza. Solo infatti attribuendo rilevanza a tale funzione è possibile tracciare una linea di demarcazione tra il mero obbligo di attivarsi e il vero e proprio obbligo di impedire l'evento. Solo quest'ultimo idoneo, in quanto tale, a giustificare

---

<sup>151</sup> Cfr. C. SALE, *La condotta medica*, cit., par. 5.

<sup>152</sup> Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 180.

l'addebito di responsabilità penale di cui all'art 40, comma 2, c.p. Inoltre, all'orientamento in esame è stato rimproverato di ignorare le diversità in termini di principi informatori, scopi e oggetti di tutela<sup>153</sup> tra le varie branche del panorama normativo, atteso che, con il mero riferimento alla giuridicità formale, concede fatalmente libero accesso, senza alcun filtro, nell'ambito penalistico ad obblighi contenuti in altri rami dell'ordinamento. Si pensi a tal proposito, *in primis*, alle norme civilistiche che sanciscono la responsabilità patrimoniale extracontrattuale, spesso richiamate come fonti degli obblighi di impedire l'evento penalmente rilevanti: é di tutta evidenza che siffatte disposizioni sono invero preordinate alla garanzia di interessi patrimoniali attraverso il risarcimento del danno e non di certo all'irrogazione di una punizione penale. Ciò è inequivocabilmente evidenziato dall'insensibilità di tali norme al principio di personalità che al contrario informa di sé tutto il diritto penale.

Non v'è dubbio che il principio di legalità e il disposto di cui all'art. 40, comma 2, c.p. impongano di attribuire rilevanza alla sola legalità formale, tuttavia, nonostante sia evidente che non ogni obbligo giudico può dar luogo a responsabilità penale, senza ulteriori limitazioni espresse, la teoria in esame rimette di fatto al giudice il compito di selezionare gli obblighi in tal senso rilevanti<sup>154</sup>.

Un secondo orientamento, al contrario del precedente, prescinde dalla giuridicità formale e promuove l'individuazione delle fonte dell'obbligo di impedire l'evento in situazioni o posizioni fattuali di garanzia nei confronti del bene protetto dalla norma incriminatrice della fattispecie attiva. Secondo questa teoria, detta sostanzialisto-funzionale, le posizioni di garanzia si fonderebbero su di un vincolo di tutela tra bene e garante per l'incapacità del titolare del primo di proteggerlo adeguatamente. Questa tesi, benché impatti senza dubbio frontalmente con il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. e il disposto di cui all'art. 40, comma 2, c.p., ha lasciato il segno nella dottrina italiana, quantomeno nel profilo terminologico, atteso il frequente richiamo alla nozione di posizioni di garanzia

---

<sup>153</sup> Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 184, nonché G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 13, ed, infine, T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 167, secondo il quale non si comprende perché la violazione di un obbligo di diritto pubblico o privato dovrebbe avere, *sic et simpliciter* conseguenze penalistiche.

<sup>154</sup> Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 187.

quale situazione fattuale che giustifica l'obbligo di impedire l'evento. Ferma l'inconciliabilità di siffatta concezione con i principi cardine del nostro ordinamento legalitario, ad essa va comunque riconosciuti il merito di aver evidenziato la necessità che l'autore del reato omissivo rivesta una posizione qualificata: non basta un obbligo formale, occorre anche un vincolo di garanzia sostanziale con il bene affidatogli.

La concezione prevalente nella dottrina italiana è però quella cosiddetta mista, ossia la terza teoria. Quest'ultima cerca di approfittare delle elaborazioni precedenti integrandole tra loro: gli obblighi di impedire l'evento rilevanti *ex art* 40, comma 2, c.p. esigono certamente una fonte formale, da individuarsi nella legge (penale o extrapenale), nel contratto e nella *negotiorum gestio* – ma non nelle fonti sublegislative o nella precedente attività pericolosa poiché prive del requisito della formalità –, tuttavia non qualsiasi fonte formale risulta idonea allo scopo. Secondo questa teoria, la fonte dell'obbligo deve sottendere una posizione di garanzia, così da giustificare la minaccia penale in ragione della necessità di attribuire una tutela rafforzata a favore di beni o situazioni esposte a pericoli non diversamente contenibili.

Alla tesi in questione va riconosciuto il merito di aver messo in evidenza il vantaggio concettuale derivante dall'integrazione delle due tesi precedenti, tuttavia, talvolta meramente di fatto, tende a sommare le manchevolezze di entrambe, poiché, non di rado, i criteri della legalità formale e gli assunti della concezione sostanzialistico-funzionale vengono a rilevare in via alternativa piuttosto che cumulativa. Per risolvere i dubbi e scongiurare gli accennati rischi di una mera sommatoria tra la teoria formale e quella sostanzialistico-funzionale, occorre lumeggiare un terzo profilo della fattispecie omissiva impropria. Oltre alla necessaria giuridicità formale dell'obbligo e alla sua funzione di tutela rafforzata, va altresì preteso un fondamento giuridico formale della posizione di garanzia nel suo complesso: non solo il dovere di agire, ossia l'obbligo di impedire l'evento, ma anche la stessa funzione di garanzia deve trovare riscontro in una fonte formale<sup>155</sup>. Occorre in sostanza pretendere una previsione normativa del complesso dei poteri giuridici di vigilanza ed intervento spettanti al garante. Solo

---

<sup>155</sup> Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 193.

la sussistenza di siffatti poteri impeditivi consente infatti di enucleare gli obblighi di garanzia dagli altri doveri giuridici.

A quest’ultima impostazione isponde pienamente l’obbligo di garanzia gravante sull’ente proprietario della strada in relazione a possibili eventi dannosi. Sebbene, come si vedrà, la giurisprudenza continui a riferire tale obbligo alla disciplina civilistica di cui agli artt. 2043 e 2051 c.c., il vero fondamento giuridico di siffatta posizione di garanzia va infatti rinvenuto nell’organica disciplina del codice della strada e, in particolare, in molte delle disposizioni di cui al titolo II, rubricato “Della costruzione e della tutela delle strade”. In questo contesto, in ossequio alla teoria appena richiamata, trovano fondamento tanto l’obbligo di agire quanto la posizione di garanzia nel suo complesso (art. 14 c.d.s.), nonché i poteri di intervento degli enti (artt. 14, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25, 27, ma anche artt. 35, 37 e, con l’ausilio di organi di polizia stradale, artt. 211 e 212).

Va detto che, nonostante l’elaborazione dottrinale fin qui sviluppata, permane comunque una certa propensione ad attribuire rilevanza a fonti meramente sostanzialistiche, prive dell’illustrato duplice fondamento giuridico. Siffatta tendenza, sicuramente da censurare poiché in contrasto con l’art. 40, comma 2, c.p. e ancora prima con il principio costituzionale di legalità, trova parziale giustificazione in un senso di giustizia sostanziale che induce a reprimere comportamenti ritenuti meritevoli di pena, ancorché difficilmente sussumibili in fattispecie espresse.

Ad ogni modo, occorre prendere atto che l’impostazione mista – con i correttivi appena illustrati – ha avuto il pregio di ricondurre entro i suoi esatti confini la dibattuta questione circa la configurabilità del “fare pericoloso precedente” quale autonoma fonte dell’obbligo giuridico di impedimento dell’evento<sup>156</sup>. A parte il fatto che, come già accennato in precedenza, la questione invero non si pone, poiché i casi normalmente ricondotti al precedente fare pericoloso integrano in realtà vere e proprie ipotesi di reati commissivi, è sin

---

<sup>156</sup> Critici sulla configurabilità del “fare pericoloso precedente” quale autonoma fonte di una responsabilità per omissione G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 204 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 277 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 111 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 162 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 598 e 599; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, art. 40, pp. 390 e 391. In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. IV, 11 luglio 2007, in *CED Cass.*, Rv. 237883; Cass. Pen., Sez. IV, 27 aprile 2006, in *Arch. circ. strad.*, 2007, p. 119; Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2006, in *Riv. pen.*, 2006, p. 936.

troppo evidente che la fonte in questione è inconciliabile con il principio di legalità formale. A ciò si è replicato che il fondamento normativo andrebbe individuato non tanto nello svolgimento dell'attività pericolosa, quanto piuttosto nell'art. 2050 c.c., il quale prescrive di adottare tutte le misure idonee ad evitare il danno<sup>157</sup>. In realtà, la citata disposizione non è affatto idonea a fondare un obbligo di garanzia. Essa non sottende infatti un obbligo di controllo sulla fonte di un potenziale pericolo, si riferisce piuttosto ad una condotta attiva del soggetto agente imponendo a questi l'adozione di misure cautelari che intergrano meri obblighi di attivarsi e non veri obblighi di garanzia.

Una volta vinte le tentazioni sostanzialistiche, occorre ad ogni modo operare una selezione delle fonti formali, onde circoscrivere quelle idonee a fondare l'obbligo di garanzia. Sul punto, la migliore dottrina ha innanzitutto escluso le fonti sublegislative e quelle negoziali<sup>158</sup>. Ad esse, sebbene ritenute incapaci di fondare un obbligo di garanzia, viene tuttavia riconosciuto un ruolo integrativo e di specificazione del contenuto degli obblighi stabiliti dalla legge, regolandone l'assegnazione ai diversi soggetti o disponendo in merito al loro trasferimento (ad esempio attraverso la c.d. delega di funzioni)<sup>159</sup>. Sempre in merito ad una opportuna selezione tra le potenziali fonti formali degli obblighi di garanzia, v'è infine da non trascurare il livello minimo di determinatezza della previsione contenuta nella fonte stessa. Va infatti tenuto presente come un'eventuale eccessiva genericità della fonte renderebbe il richiamo alla giuridicità dell'obbligo e al rango legislativo della stessa mere enunciazioni invero prive di garantire una vera legalità.

#### 8. Le fonti: la legge.

Secondo la condivisibile impostazione c.d. mista l'obbligo di impedire l'evento idoneo ad integrare l'equivalenza di cui all'art 40, comma 2, c.p. trova

---

<sup>157</sup> Cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, Torino, p. 131.

<sup>158</sup> In questo senso, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 194; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 161.

<sup>159</sup> In questo senso, cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 195; F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 199; G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 244.

dunque riscontro unicamente in fonti di natura formale (legge, contratto e *negotiurum gestio*) che apprestino altresì una tutela rafforzata a favore di beni o situazioni esposte a pericoli non diversamente contenibili.

A tal proposito, con riferimento ai delitti di lesioni personali ed omicidio da insidia stradale, merita innanzitutto soffermarsi sulla fonte legislativa, atteso che la natura pubblica e la notevole rilevanza economico sociale della rete viaria hanno da sempre incentivato una produzione normativa piuttosto articolata ed ampia. Quanto alla fonte di natura contrattuale invece, essa interviene normalmente in un secondo momento, introducendo figure di garanti – *in primis* l'appaltatore nell'ambito dei lavori stradali – che in varia misura vengono ad affiancarsi agli originari obbligati *ex lege*.

Si è già ricordato come, per parte della dottrina, il principio di legalità, nel suo profilo della riserva di legge, ammetterebbe fra le fonti dell'obbligo di garanzia le sole norme legislative<sup>160</sup>, mentre le fonti subordinate potrebbero svolgere unicamente una funzione di specificazione dei doveri imposti dalla legge. Per altra dottrina<sup>161</sup>, invece, l'obbligo di garanzia potrebbe scaturire da qualunque fonte, purché dotata del carattere della giuridicità. Ad ogni modo, per quanto la questione sia certamente rilevante, il vero problema posto dalla clausola di equivalenza tra agire ed omettere appare essere un altro. E' stato infatti acutamente osservato come, a ben vedere, l'art. 40, comma 2, c.p. si ponga in tensione non tanto con il principio di riserva di legge, quanto piuttosto con quello di tassatività nella descrizione della fattispecie<sup>162</sup>. In concreto, infatti, le norme di legge richiamate più di frequente per dare veste giuridica agli obblighi di garanzia si riducono a mere indicazioni di principio, in grado al più di segnalare l'esistenza dell'obbligo, ma non di disciplinarne il contenuto, né di stabilirne i limiti rispetto ai beneficiari dell'azione doverosa, ai beni da tutelare, alle condotte imposte al garante. Ciò a cui occorre invece attribuire davvero rilevanza per non violare i delicati equilibri tra garanzie costituzionali ed esigenze di prevenzione penale è

---

<sup>160</sup> Cfr. dottrina citata in nota n. 157.

<sup>161</sup> In quest'altro senso, T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 115; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 370.

<sup>162</sup> Cfr. M. RONCO, *Commentario sistematico al codice penale, Il Reato, Struttura del fatto tipico, presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale, il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007, p. 273.

proprio il livello di determinatezza della norma assunta a fonte dell’obbligo di impedire l’evento nel delineare il contenuto e gli esatti confini della posizione di garanzia, a prescindere dalla sua collocazione nella gerarchia delle fonti. In questo senso, è stato anzi osservato come, a ben vedere, l’esigenza di tassatività sia meglio soddisfatta da fonti subordinate di natura regolamentare piuttosto che dalla legge.

Primaria e fondamentale fonte dell’obbligo di garanzia deve essere ad ogni modo considerata la legge extrapenale di diritto pubblico oppure privato, la quale viene a rivestire carattere costitutivo dell’obbligo poi penalmente sanzionato ed informa di sé la fattispecie penale omissiva impropria<sup>163</sup>. Va tuttavia precisato come tutto ciò non significhi affatto accordare automatica rilevanza penale a qualsiasi obbligo impeditivo di natura extrapenale; a qualsiasi obbligo, cioè, la cui violazione comporti una responsabilità extrapenale per omesso impedimento. Non si deve infatti mai dimenticare che l’obbligo di garanzia di cui trattasi è pur sempre un obbligo la cui violazione dà luogo a responsabilità penale e la cui configurazione attribuisce tipicità della fattispecie omissiva impropria. Esso deve dunque rispondere ai principi propri del diritto penale<sup>164</sup>.

La dottrina<sup>165</sup> fin qui già ampiamente ripercorsa si è espressa in senso negativo quanto alla paventata possibilità di annoverare tra le fonti degli obblighi di garanzia anche le norme incriminatrici. Quest’ultime introdurrebbero infatti al più meri obblighi di attivarsi e non veri obblighi di garanzia. Per come sono concepite e strutturate le norme in questione devono restare necessariamente estranee al meccanismo di cui all’art. 40, comma 2, c.p. atteso che non attribuiscono e men che meno disciplinano poteri impeditivi dell’evento ivi citato.

Appurato quanto sopra, un fortissima vicinanza tra norma incriminatrice e fonte dell’obbligo di garanzia emerge tuttavia in quelle ipotesi in cui l’incriminazione attiene proprio alla violazione dell’obbligo in questione. Si pensi, ad esempio, all’incriminazione dell’omissione di lavori in edifici che minaccino rovina di cui all’art. 677 c.p.<sup>166</sup>: in questo caso l’incriminazione tende a “coprire”

---

<sup>163</sup> Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 216.

<sup>164</sup> Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 201.

<sup>165</sup> Cfr., ancora, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 207.

<sup>166</sup> L’art. 677 c.p. dispone: “Il proprietario di un edificio o di una costruzione che minacci rovina ovvero chi è per lui obbligato alla conservazione o alla vigilanza dell’edificio o della costruzione,

l’obbligo di garanzia quale obbligo di manutenzione. Tuttavia, quest’ultimo mantiene la sua autonomia, non si identifica con la norma incriminatrice, ma continua a trovare la sua fonte in altre disposizioni, di natura extrapenale. In fattispecie di questo tipo è infatti sempre possibile cogliere un rinvio, esplicito o implicito, ad altra fonte extrapenale, alla quale è in sostanza demandata l’individuazione sia del soggetto garante, sia dell’azione impeditiva. Questo meccanismo si rinviene, ad esempio, in tema di obblighi di sicurezza contro gli infortuni sul lavoro. La violazione di predetti obblighi di garanzia trova infatti specifica incriminazione nelle disposizioni di cui agli artt. 437 e 451 c.p., nonché nelle ipotesi di cui agli artt. 672, 673, 677 e 679 c.p., ma per la concreta individuazione del garante (indicato come un chiunque dalle citate disposizioni) occorre necessariamente riferirsi alle norme extrapenali di settore.

Un ulteriore esempio a tal proposito, con specifico riferimento alla materia che ci occupa, è offerto dal citato disposto di cui all’art. 673 c.p. La norma in esame, al suo primo comma, dispone: “chiunque omette di collocare i segnali o i ripari prescritti dalla legge o dall’Autorità per impedire pericoli alle persone in luogo di pubblico transito, ovvero rimuove i segnali o ripari suddetti, o spegne i fanali collocati come segnali, è punito con l’arresto fino a tre mesi o con l’ammenda fino ad euro 516”. Appare evidente che mentre le condotte attive previste nella seconda parte della norma sono compiutamente definite dalla stessa e possono essere davvero realizzate da chiunque, la puntuale definizione di quelle omissive e l’individuazione dei soggetti obbligati pretende il riferimento ad ulteriori norme di natura extrapenale. In particolare, per la definizione delle condotte omissive è necessario riferirsi agli obblighi di apposizione della segnaletica di cui agli artt. 37 e seguenti del codice della strada, mentre per individuare il soggetto obbligato all’apposizione della segnaletica occorre richiamare innanzitutto il codice della strada e poi la legge n. 2248/1865 in merito alla disciplina della proprietà delle strade.

---

il quale omette di provvedere ai lavori necessari per rimuovere il pericolo è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 154 a euro 929. La stesa sanzione si applica a chi, avendone l’obbligo, omette di rimuovere il pericolo cagionato dall’avvenuta rovina di un edificio o di una costruzione”.

*9. Le fonti dell'obbligo di impedire lesioni personali o morte da insidia stradale: le disposizioni sull'illecito civile extracontrattuale al vaglio dei principi penalistici.*

Le strade, quali fonti di potenziali pericoli, richiedono, senza dubbio, la presenza “istituzionale” di un garante, nel senso penalistico del termine. In relazione ad esse si rinveno infatti tutti quei motivi che sono stati in precedenza richiamati a giustificazione dell'introduzione di addebiti di responsabilità per omissione. Va in questo senso osservato come, in ragione della natura pubblica e dell'estensione delle rete viaria, gli utilizzatori delle strade, per un verso, non dispongano degli strumenti necessari per autoprotettersi in modo adeguato e, per altro verso, non possano evitare di servirsene.

Di fronte a tale condivisa esigenza, la giurisprudenza e la dottrina che si sono occupate del problema, hanno da sempre valorizzato le disposizioni civilistiche sui fatti illeciti di cui al titolo IX del libro IV dedicato alle obbligazioni al fine di rinvenire quel obbligo giuridico di impedire il fatto indispensabile per integrare la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p.

L'assoluta centralità di siffatte disposizioni ne impone un sintetico richiamo:

- a) art. 2043 c.c., “Risarcimento per fatto illecito”, “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”;
- b) art. 2050 c.c., “Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose”, “Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”;
- c) art. 2051 c.c., “Danno cagionato da cosa in custodia”, “Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito”;

- d) art. 2052 c.c., “Danno cagionato da animali”, “Il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito”;
- e) art. 2053 c.c., “Rovina di edificio”, “Il proprietario di un edificio o di altra costruzione è responsabile dei danni cagionati dalla loro rovina, salvo che provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione”;
- f) art. 2054, comma 1, c.c., “Circolazione di veicoli”, “Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno”.

In realtà, tra tutte, le uniche disposizioni idonee ad integrare la previsione dell'obbligo di impedire l'evento di cui all'art. 40, comma 2, c.p. sono quelle di cui agli art. 2051, 2052 e 2053 relative agli obblighi di prevenzione posti a carico di proprietari, possessori, detentori o custodi di cose, mobili o immobili, o animali. Conseguentemente, con riferimento alle strade, rileva unicamente la previsione di cui all'art. 2051 c.c. in merito alla responsabilità del custode.

Non sono invece idonee a fondare obblighi di garanzia, del tipo obblighi di protezione, le disposizioni di cui all'art. 2050 c.c. in materia di responsabilità per l'esercizio di attività pericolose e all'art. 2054 c.c. in tema di circolazione di veicoli. Si tratta infatti di due disposizioni relative alla ripartizione dell'onere della prova in ipotesi di danni cagionati nell'espletamento di attività ritenute pericolose. Esse non sottendono un obbligo di controllo su di una fonte di potenziale pericolo avulsa dalla condotta del soggetto agente, come accade invece con riferimento all'animale *ex art. 2052 c.c.* o alla cosa pericolosa *ex artt. 2051 e 2053 c.c.* Si riferiscono invece a condotte attive dello stesso agente, imponendo a questi l'adozione di misure cautelari. Oltre ad attenere dunque a condotte attive e non omissive, le disposizioni in esame introducono meri obblighi di attivarsi e non veri obblighi di garanzia.

Un discorso a parte merita l'inflazionata<sup>167</sup> disposizione di cui all'art. 2043 c.c. Il principio del *neminem laedere* in essa enunciato è infatti spessissimo richiamato, a volte unitamente a talune disposizioni del codice della strada, a fondamento dell'obbligo di controllo che graverebbe sull'ente proprietario della strada in tema di pericolosità dell'infrastruttura. E' infatti nel disposto di cui all'art. 2043 c.c. che la giurisprudenza rinviene il più delle volte l'obbligo di impedire l'evento che conduce alla condanna di esponenti dell'ente proprietario della strada per l'omessa manutenzione.

A ben vedere però la posizione assunta dalla giurisprudenza non convince. Occorre infatti osservare come la disposizione in esame sembri richiamarsi più ad attività pericolose che non a situazioni di pericolo causalmente estranee alla condotta del soggetto agente. A tal proposito va peraltro rilevato che la dottrina e la giurisprudenza più risalenti ebbero spesso a riferirsi all'art. 2043 c.c. proprio per fornire una veste formale ad obblighi di garanzia invero incentrati sulla fonte sostanzialistica della precedente attività pericolosa. Lo stretto legame con il concetto di precedente attività pericolosa non può non illuminare la reale natura cautelare della disposizione in esame. A ben vedere poi, il disposto di cui all'art. 2043 c.c. introduce esclusivamente divieti di cagionare e non obblighi di fare<sup>168</sup>, sicché non può che riferirsi a forme di causalità attiva e non omissiva. Infine, si è puntualmente osservato che un ipotetico obbligo di garanzia *ex art. 40. comma 2, c.p.*, non potrebbe comunque fondarsi su obblighi giuridici del tutto indeterminati come quelli ricavabili dal disposto di cui all'art. 2043 c.c.<sup>169</sup>, a pena di violare quel principio di legalità che, per contro, con il richiamo a favore della disposizione in esame, si vorrebbe invece soddisfare.

A fronte di siffatte critiche, la dottrina più attenta e talvolta anche la giurisprudenza, individuano la fonte formale dell'obbligo di impedire l'evento sotteso al reato omissivo di lesioni personali o morte da insidia stradale nel disposto di cui all'art. 2051 c.c. Tuttavia, anche questo riferimento, quantunque preferibile rispetto al precedente richiamo a favore del principio del *neminem*

---

<sup>167</sup> Numerosissime sono le pronunce, anche in tema di responsabilità penale per lesioni personali o omicidio da insidia stradale, che fanno espresso riferimento, in termini di obbligo di impedire l'evento *ex art. 40, comma 2, c.p.*, al disposto civilistico di cui all'art. 2043 c.c.

<sup>168</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 167.

<sup>169</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte Generale*, Torino, 2006, p. 266.

*laedere*, non appare del tutto convincente attesa l'eccessiva indeterminatezza della norma citata.

Sul punto, merita innanzitutto evidenziare come la disposizione in esame abbia ad oggetto, genericamente, tutte le “cose” da chicchessia custodite. Tant'è che essa è pacificamente ritenuta applicabile sia alle “cose” private che a quelle pubbliche, ancorché sia evidente che tra le due intercorrono profonde differenze. Le prime sono infatti, di regola, destinate ad un “uso privato”, ossia limitato ad un numero in qualche misura definito e controllabile di soggetti; al contrario, le cose pubbliche sono per loro natura destinate ad un uso generalizzato ed ampio. Tutto ciò si traduce in un significativo cambio di prospettiva quanto all'ampiezza della platea di soggetti potenzialmente esposti ai pericoli che dalla cosa traggono origine. Inoltre, spesso, l'uso del bene pubblico non è frutto di una scelta dell'interessato, bensì una necessità. Il più della volte, gli utilizzatori del bene pubblico non hanno alternative, poiché lo stesso non è altrimenti sostituibile. La strada rappresenta, in questo senso, tanto un bene di uso generalizzato quanto un bene di uso necessario. Tutto ciò sollecita l'introduzione di norme più pregnanti, capaci di meglio delineare gli obblighi giuridici gravanti sul custode di un bene tanto importante. Anche perché, come già evidenziato, l'obbligo di impedire l'evento di cui all'art. 2051 c.c. manca invero dell'indicazione delle condotte concretamente pretese dal garante per la tutela dei terzi che entrano in contatto con la fonte di pericolo.

La rilevanza della circolazione stradale e la sua funzione pubblica – probabilmente più che le considerazioni appena formulate – hanno opportunamente indotto il legislatore a dettare una disciplina speciale degli obblighi di garanzia. Quest'ultima ha trovato collocazione nel disposto di cui all'art. 14 del codice della strada, rubricato “poteri e compiti degli enti proprietari delle strade”.

Tuttavia, nonostante suddetta previsione, la giurisprudenza penale tende a farne scarso riferimento, continuando invece a richiamarsi alle generiche disposizioni civilistiche di cui agli artt. 2043 e 2051 c.c. Si assiste, in sostanza, ad una certa ritrosia della giurisprudenza penale del danno da insidia stradale ad affrancarsi dalla preponderante elaborazione civilistica sul tema. Tutto ciò

nonostante in ambito civilistico si discuta del diritto del danneggiato al risarcimento del pregiudizio patito, mentre in sede penale si controverta sull'irrogazione di una pena in capo al danneggiante. In termini risarcitori il riferimento al disposto di cui all'art. 2051 c.c., ma anche a quello di cui all'art. 2043 c.c., è certamente appropriato. D'altro canto, le disposizioni in questione sono espressamente tese a regolare il risarcimento del danno extracontrattuale. Diversamente, dal punto di vista penalistico, il fine non è più risarcitorio, ma punitivo. Ciononostante, la giurisprudenza penale fatica ad elaborare schemi normativi autonomi<sup>170</sup>.

Più correttamente, la reazione penale dell'ordinamento a tali eventi offensivi dovrebbe innanzitutto fondarsi sul combinato disposto tra gli articoli 589 o 590 c.p. e l'articolo 40, comma 2, c.p. Infatti, le citate disposizioni stanno al diritto penale come il disposto di cui all'art. 2051 c.c. sta al diritto civile, ossia entrambi gli schemi normativi fondano la reazione dell'ordinamento a fronte di un danno da insidia stradale: l'uno a fini punitivi, l'altro a scopi risarcitori. Dopodichè, l'obbligo di garanzia sotteso alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p., deve essere rinvenuto, non nell'art. 2051 c.c., ma nella disciplina speciale dettata dal codice della strada e più precisamente nel titolo secondo, rubricato "Della costruzione e tutela delle strade", ed in particolare nel citato art. 14 c.d.s., il quale riveste un ruolo fondamentale nella definizione dei doveri gravanti sull'ente proprietario dell'infrastruttura.

---

<sup>170</sup> Questa difficoltà ad affrancarsi dall'elaborazione civilistica traspare anche da quella giurisprudenza che sino a tempi recenti continuava ad escludere la responsabilità penale del proprietario della strada sulla scorta della mera insussistenza di un'insidia stradale limitatamente intesa quale pericolo occulto e non prevedibile, ossia in base ad una elaborazione propria della giurisprudenza civile del tutto estranea ai principi del diritto penale. Sul punto cfr. *infra* p. 121 ss.

10. Dal codice civile al codice della strada attraverso il codice penale.

La disciplina stradale previgente rispetto all’attuale codice della strada entrato in vigore nel 1992<sup>171</sup> era incentrata sul veicolo e sul suo conducente; ignorava, invece, quasi del tutto, il luogo della circolazione, ossia la strada<sup>172</sup>.

Le poche disposizioni relative alla strada sono rimaste per lungo tempo confinate nell’ambito di alcune norme del codice della strada del 1933<sup>173</sup> rimaste in vigore anche dopo l’approvazione del successivo testo del 1959<sup>174</sup>, il quale non conteneva invece alcun riferimento alle infrastrutture stradali. La disciplina in questione attribuiva peraltro rilievo alla strada unicamente come bene demaniale da tutelare<sup>175</sup>, omettendo qualsiasi riferimento alla stessa come fonte di pericolo per la circolazione necessitante di disposizioni cautelari.

L’impostazione cambia decisamente con il codice adottato nel 1992 il quale attribuisce finalmente rilievo all’incidenza delle infrastrutture sulla

---

<sup>171</sup> Prima del vigente codice della strada di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 e successive modifiche ed integrazioni, la disciplina della circolazione stradale era contenuta nel Testo unico delle norme sulla circolazione stradale approvato con il d.p.r. 15 giugno 1959, n. 393 ed entrato in vigore il 1° luglio 1959.

<sup>172</sup> Il concetto di strada trova la sua definizione, ai fini dell’applicazione delle norme del codice della strada, nel disposto di cui all’art. 2, comma 1, del codice stesso. In tal senso, si definisce strada l’area ad uso pubblico destinata alla circolazione dei pedoni, dei veicoli e degli animali. Questa definizione va essere integrata con quella di sede stradale di cui all’art. 3, comma 1, n. 46, c.d.s.: “superficie compresa entro i confini stradali. Comprende la carreggiata e le fasce di pertinenza, ossia le strisce di terreno comprese tra la carreggiata e il confine stradale” (art. 3, comma 1, n. 21, c.d.s.). Sulla scorta di altre definizioni dettate dal codice della strada, fanno inoltre parte della strada, come sopra definita, le banchine, le cunette, le fasce di sosta laterali, i golfi di fermata, le isole di canalizzazione, i marciapiedi, i parcheggi, le piazzole di sosta e le piste ciclabili. Sempre per meglio definire il concetto di strada occorre ulteriormente richiamare quanto disposto dall’art. 22, allegato F, della legge fondamentale sui lavori pubblici n. 2248/1865 secondo cui “sono considerati come parte (delle strade)... i fossi laterali che servono unicamente o principalmente agli scoli delle strade, le controbanchine, le scarpate in rialzo e le opere d’arte di ogni genere stabilite lungo le strade medesime, nonché le aiuole per il deposito di materiali, le case di ricovero e quelle di abitazione dei cantonieri. Nell’interno delle città e dei villaggi fanno parte delle strade comunali le piazza, gli spazi ed i vicoli ad esse adiacenti ed aperti sul suolo pubblico, restando però ferme le consuetudini, le convenzioni esistenti ed i diritti acquisiti”. Secondo Cass. civ., sez. I, 21.09.2001, n. 2479, in *dejure.giuffrè.it*, per strade si deve intendere non solo quelle costruite dall’uomo, con opere quali la carreggiata, la banchina, la cunetta (che caratterizzano un impianto stradale organizzato per interagire con il territorio in modo scientifico), ma anche quelle a fondo naturale, le quali possono essere costituite mediante il calpestio di uomini o animali, e non essere state predisposte per la funzione in questione, dall’uomo. Nel senso di questa pronuncia milita anche l’art. 3, comma 1, n. 48, c.d.s. secondo cui rientra nel concetto di strada anche il sentiero formatosi per il calpestio.

<sup>173</sup> Regio decreto 8 dicembre 1933, n. 1740.

<sup>174</sup> Decreto del Presidente della Repubblica 15 giugno 1959, n. 393.

<sup>175</sup> Cfr. G. PROTOSPATARO, in *Codice della strada commentato*, AA.VV. con il coordinamento di G. PROTOSPATARO, Forlì, 2008, par. 13.1.1.

sicurezza della circolazione e dunque sull’incolumità degli utenti. In tal senso, il legislatore introduce puntuali previsioni in merito alla costruzione, all’adeguamento e alla gestione della rete viaria, dettando norme specifiche sui poteri e i compiti degli enti proprietari delle strade.

In questo contesto, il disposto di cui all’art. 13 c.d.s.<sup>176</sup>, nel prevedere che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti abbia il compito di emanare, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici ed il Consiglio nazionale delle ricerche, le norme funzionali e geometriche per la costruzione, il controllo e il collaudo delle strade e dei relativi impianti e servizi, prescrive che dette norme “devono essere improntate alla sicurezza della circolazione di tutti gli utenti della strada”<sup>177</sup>. Ma ancora più rilevante, per il tema del presente studio, è il disposto di cui al successivo art. 14 c.d.s. Questi ha infatti riguardo non tanto alla progettazione e costruzione della strada, bensì alla gestione ordinaria della rete viaria una volta in esercizio.

Significativo appare l’*incipit* del primo comma della norma in esame, secondo cui i poteri e i compiti attribuiti agli enti proprietari delle strade sono preordinati a “garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione”. Nell’ottica del diritto penale, e segnatamente del reato omissivo improprio, ciò significa introdurre una posizione di garanzia in capo all’ente proprietario. La norma detta infatti una regolamentazione speciale che viene a configurare un obbligo di controllo in relazione alla pericolosità propria della strada<sup>178</sup>.

Più nel dettaglio, l’art. 14 c.d.s. dispone che, al fine, come detto, di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione, gli enti proprietari delle strade<sup>179</sup> siano tenuti:

- a) alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi;

---

<sup>176</sup> L’art. 13 apre il Titolo II del codice della strada, rubricato “Della costruzione e tutela delle strade”.

<sup>177</sup> In questi termini, in primo comma dell’art. 13 c.d.s.

<sup>178</sup> Analogo obbligo, sebbene assai più generico, era già contenuto nella legge fondamentale sui lavori pubblici n. 2248/1865, allegato f). L’art. 28 di quest’ultima disponeva infatti che “E’ obbligatorio la conservazione in stato normale della strade provinciali e comunali sistemate”. I successivi artt. 38 e 39 della medesima legge ponevano poi a carico delle province e dei comuni l’onere di conservare, sistemare e manutentare la proprie strade.

<sup>179</sup> Per l’individuazione dei diversi enti a cui è ricondotta la proprietà delle strade, si veda *infra* p. 157 ss.

- b) al controllo tecnico dell’efficienza delle strade e relative pertinenze;
- c) alla apposizione e manutenzione della segnaletica prescritta.

La medesima disposizione conferisce poi agli enti in questione appositi poteri prioritariamente finalizzati alla tutela della strada, ma conseguentemente strumentali all’adempimento degli oneri di sicurezza appena enunciati.

Ai sensi del secondo comma di predetto art. 14 c.d.s. questi devono infatti provvedere:

- a) al rilascio delle autorizzazioni e delle concessioni di cui al titolo secondo del codice della strada, rubricato “della costruzione e tutela delle strade”<sup>180</sup>;
- b) alla segnalazione agli organi di polizia delle violazioni alle disposizioni di cui al medesimo titolo e alle altre norme ad esso attinenti, nonché alle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni e nelle concessioni affinché l’organo di polizia ponga in essere la relativa procedura sanzionatoria.

Sulla scorta della citata normativa, il primo e più ampio compito di cui è onerato l’ente proprietario è senza dubbio quello di “gestione” della strada, delle sue pertinenze, dell’arredo, delle attrezzature, degli impianti e dei servizi. In tutto ciò rientrano anche i compiti di manutenzione e pulizia, nonché di controllo tecnico sull’efficienza delle strade, oltre che di apposizione e manutenzione della segnaletica.

Il dovere gestionale dell’infrastruttura va nondimeno riferito anche al rilascio dei titoli autorizzativi. In questo senso, il legislatore, per fornire all’ente idonei strumenti di gestione, subordina le attività che possono interessare la strada, diverse dalla mera circolazione, al previo ottenimento di un’apposita autorizzazione o concessione, attribuendone congruamente la competenza all’istruttoria e all’eventuale rilascio all’ente proprietario.

Occorre dunque un’autorizzazione per occupare la carreggiata con fiere, mercati, veicoli, baracche, tende e simili, al pari di quanto necessita per l’installazione di chioschi o edicole sui marciapiedi. Senza la preventiva autorizzazione o concessione è pure vietato eseguire opere o depositi e aprire cantieri stradali, anche temporanei, sulle strade e loro pertinenze, nonché sulle relative fasce di rispetto e sulle aree di visibilità (art. 21 c.d.s.). E ancora, senza

---

<sup>180</sup> A tal proposito si veda anche l’art. 26 c.d.s.

titolo autorizzativo da parte dell'ente proprietario non è neppure possibile aprire nuovi accessi e nuove diramazioni dalla strada ai fondi laterali oppure trasformare gli accessi o le diramazioni esistenti o variarne l'uso. Sempre ad autorizzazione dell'ente proprietario della strada, ovvero del Comune all'interno dei centri abitati, è assoggettata anche la collocazione di cartelli e di altri mezzi pubblicitari lungo le strade o in vista di esse (art. 23 c.d.s.). Infine, senza preventiva concessione dell'ente proprietario, non possono essere realizzati attraversamenti della sede stradale e relative pertinenze con corsi d'acqua, condutture idriche, linee elettriche e di telecomunicazione, sia aeree che in cavo sotterraneo, sottopassi e sovrappassi, teleferiche di qualsiasi specie, gasdotti, serbatoi di combustibili liquidi, o comunque fare uso della strada con altri impianti o opere (art. 25 c.d.s.).

Un utilizzo negligente di siffatto potere di autorizzazione, parimenti ad un'insufficiente ed imperita manutenzione della rete viaria o ad un difettoso servizio di vigilanza e controllo della stessa, farebbe insorgere una responsabilità penale in capo all'ente qualora ne derivasse la lesione o la morte di un utente della strada. Tale responsabilità potrebbe peraltro configurarsi sia in termini di condotta attiva, allorché l'ente abbia concesso il titolo autorizzativo senza i dovuti controlli preventivi e le dovute prescrizioni, sia in termini omissivi in ipotesi di trascurata vigilanza sull'uso della strada ovvero di omessa o ritardata adozione di misure repressive e ripristinatorie in caso di interventi non autorizzati o comunque illeciti. In quest'ultimo contesto va inquadrato il dovere dell'ente proprietario di segnalare *ex art. 14, comma 2, lett. b), c.d.s.* agli organi di polizia le eventuali violazioni rilevate.

L'onere gestionale delle strade – inteso in senso ampio, comprensivo della manutenzione e della pulizia di questa – nonché l'obbligo di controllo tecnico sull'efficienza della stessa sono stati da sempre all'attenzione del legislatore. Già la legge 20 marzo 1865, n. 2248, per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, all'art. 28 dell'allegato F, dedicato alle opere pubbliche, prescriveva “E' obbligatoria la conservazione in istato normale delle strade provinciali e comunali sistemate”<sup>181</sup>. Analoga previsione è stato poi ribadita, con specifico riferimento ai

---

<sup>181</sup> Tale disposizione è tutt'oggi vigente.

comuni, nel disposto di cui all’art. 5 del regio decreto 15 novembre 1923, n. 2506, recante “Disposizioni per la classificazione e manutenzione delle strade”, secondo cui “Alla manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade di quarta classe provvedono i rispettivi comuni a totali proprie spese”. Oggi la disciplina di riferimento è contenuta nell’art. 14 c.d.s., sulla scorta del quale si radica, in ragione di quanto fin qui illustrato, la responsabilità dell’ente proprietario per l’omessa o carente manutenzione della strada. Piuttosto di recente è stata peraltro approvata la legge 29 luglio 2010, n. 120, il cui art. 47, sebbene non intervenga direttamente sull’art. 14 c.d.s. ne va ad integrare in modo importante i contenuti. Il legislatore ha infatti previsto che “Gli enti proprietari e concessionari delle strade e delle autostrade nelle quali si registrano più elevati tassi di incidentalità effettuano specifici interventi di manutenzione straordinaria della sede stradale e autostradale, delle pertinenze, degli arredi, delle attrezzature e degli impianti, nonché di sostituzione, di ammodernamento, di potenziamento, di messa a norma e di manutenzione della segnaletica e delle barriere volti a ridurre i rischi relativi alla circolazione”. Particolarmente interessante appare l’espresso collegamento che il legislatore opera tra manutenzione stradale e sinistrosità e dunque, per quanto qui rileva, tra omessa manutenzione e conseguente responsabilità. Corre tuttavia l’obbligo di osservare che la citata disposizione rischia di restare una mera affermazione di principio, atteso che poche righe più avanti il medesimo legislatore dispone che “Al finanziamento degli interventi di cui al presente comma si provvede nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

In merito all’obbligo di provvedere alla pulizia delle strade, anch’esso sancito dal citato disposto di cui all’art. 14 c.d.s., è opportuno precisare come questo sia preordinato alla sicurezza della circolazione e non alla salubrità ed igiene dei luoghi. Il riferimento non è dunque all’attività di spezzamento e lavaggio delle strade posta in essere dai comuni, ma alla rimozione della neve, all’eliminazione dei residui di materiali e liquidi lasciati sul teatro del sinistro dai veicoli coinvolti, nonché allo spezzamento del brecciolino che talvolta invade la carreggiata dalle banchine laterali. Tale obbligo di pulizia deve essere inteso

esteso, parimenti peraltro a quello di manutenzione e gestione, anche alle pertinenze della strada<sup>182</sup>, all’arredo, nonché alle attrezzature, impianti e servizi.

Il controllo tecnico sull’efficienza delle strade e relative pertinenze più che a veri e propri obblighi di intervento attiene ad un’opera di monitoraggio e verifica continua sullo stato dell’infrastruttura. In questo senso, esso appare strumentale e precedente all’opera di manutenzione e adeguamento della rete viaria.

Proseguendo nell’analisi dei compiti che il disposto di cui all’art. 14 c.d.s. pone a carico degli enti proprietari delle strade, senza dubbio più specifico risulta l’obbligo di apposizione e manutenzione della segnaletica prescritta. La collocazione di tale dovere all’interno del capo dedicato alla disciplina della costruzione e tutela delle strade ed aree pubbliche, nonché la precisazione che si tratta della segnaletica “prescritta” fa ritenere che l’obbligo in questione si riferisca innanzitutto ai segnali concernenti le caratteristiche strutturali e geometriche della strada, ancorché sia estensibile alla segnaletica apposta in forza dei provvedimenti di disciplina della circolazione di cui agli artt. 5, 6 e 7 c.d.s.

In tema di apposizione e manutenzione della segnaletica stradale la principale norme di riferimento è rappresentata dall’art. 37 c.d.s. la quale individua i soggetti obbligati:

- a) negli enti proprietari delle strade fuori dai centri abitati;
- b) nei comuni all’interno dei centri abitati a prescindere dalla proprietà della strada, salvo precisare che nei tratti di strade non di proprietà dei comuni, laddove la popolazione del centro abitato sia inferiore a diecimila abitanti<sup>183</sup>, i segnali concernenti le caratteristiche strutturali e geometriche della strada rimangono a carico dell’ente proprietario;

---

<sup>182</sup> Le pertinenze delle strade sono previste e disciplinate all’art. 24 c.d.s. secondo cui “Le pertinenze stradali sono le parti della strada destinate in modo permanente al servizio o all’arredo funzionale di esse”. Le pertinenze stradali si dividono poi in pertinenze di esercizio, ossia quelle che costituiscono parte integrante della strada o ineriscono permanentemente alla sede stradale, e pertinenze di servizio, ossia le aree di servizio con i relativi manufatti per il rifornimento e il ristoro degli utenti, le aree di parcheggio, le aree ed i fabbricati per la manutenzione delle strade o comunque destinati dall’ente proprietario della strada in modo permanente ed esclusivo al servizio della strada e dei suoi utenti. Non rientrano nella nozione di pertinenza stradale le fasce di rispetto di cui agli artt. 16, 17 e 18 c.d.s. (TAR Puglia Bari, Sez. I, 7 febbraio 1995, n. 56 in *Foro Amministrativo*, 1995, p. 1719).

<sup>183</sup> Il riferimento è alle cosiddette traverse interne, ossia strade urbane di proprietà dello stato, delle regioni o delle province. Il caso si presenta solamente in relazione alle strade statali, regionali o

- c) ancora nei comuni con riferimento alle strade private aperte all'uso pubblico e alle strade locali.

Al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti residua il potere di decidere su eventuali ricorsi in via gerarchica contro i provvedimenti e le ordinanze che dispongono o autorizzano la collocazione della segnaletica *ex art. 37, comma 3, c.d.s.*, nonché un potere di direttiva ed eventuale surrogazione a danno dell'ente inadempiente in materia di regolamentazione della circolazione stradale *ex artt. 5, 6 e 7 c.d.s.*

Alla luce di quanto sin qui illustrato, si può certamente affermare che in capo all'ente proprietario della strada sussiste un obbligo di garantire la sicurezza della circolazione stradale piuttosto articolato e complesso che si traduce in un obbligo di garanzia rilevante *ex art. 40, comma 2, c.p.* per il configurarsi di una eventuale responsabilità penale omissiva in caso di lesioni personali o morte da insidia stradale. Tale obbligo di garanzia va rinvenuto nel disposto di cui all'art. 14 c.d.s. e non già nelle generiche e non pertinenti disposizioni civilistiche di cui agli art. 2043 e 2051 c.c. Un'ultima osservazione merita il ruolo del comune. Come si avrà modo di precisare, ad esso è ricondotta la responsabilità di buona parte della rete viaria o quantomeno di quella parte più frequentata e complessa, ovverosia quella cittadina. E' per questo che soprattutto sull'ente locale si soffermerà l'attenzione del presente studio nel trattare, nell'ultimo capitolo, il tema del soggetto responsabile del reato di lesioni personali o morte da insidia stradale.

---

provinciali che attraversano centri abitati con popolazione non superiore a diecimila abitanti, poiché se il centro abitato è più popoloso è la proprietà stessa della strada ad essere del comune *ex art. 2, comma 7, c.d.s.* che dunque diviene onerato della apposizione e manutenzione di tutta la segnaletica.

## CAPITOLO V

### ARGOMENTAZIONI DIFENSIVE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La condotta della persona offesa. — 3. Il caso fortuito e la forza maggiore. — 4. La nozione di insidia o trabocchetto alla prova della responsabilità penale. — 4.1. L'insidia nella giurisprudenza civile. — 4.2. L'insidia nel diritto penale. — 4.3. L'insidia stradale quale limite all'obbligo di garanzia. — 4.4. L'insidia stradale ed il nesso di causa. — 4.5. La nuova giurisprudenza: la responsabilità penale si affranca dal modello elaborato in sede civile.

#### 1. *Premessa.*

Al fine di approfondire le tematiche più attuali e controverse nell'ambito dello studio e dell'applicazione concreta delle fattispecie di lesioni personali e omicidio da insidia stradale è utile soffermarsi sugli istituti e i ragionamenti giuridici oggetto, più di frequentemente, delle pronunce giurisprudenziali in materia. In questo senso, analizzando gli arresti di legittimità, si sono colte alcune argomentazioni piuttosto ricorrenti, introdotte soprattutto dalle difese dei soggetti tratti a giudizio per i reati in questione. Nel prosieguo, saranno dunque oggetto di specifica analisi: il ruolo della condotta della persona offesa nel concretizzarsi della responsabilità dell'ente proprietario; i controversi istituti del caso fortuito e della forza maggiore; la tratizia e problematica nozione civilistica di insidia stradale e le sue ricadute nel contesto delle fattispecie di reato oggetto dello studio.

#### 2. *La condotta della persona offesa.*

Tra gli argomenti a cui ricorrono più frequentemente le difese degli imputati di lesioni personali ovvero di omicidio colposo conseguenti all'omessa manutenzione della strada per sostenere l'innocenza dei propri assistiti,

primeggiano senza dubbio i tentativi di addebitare ogni responsabilità alla vittima in ragione della sua condotta.

Siffatte argomentazioni difensive sono favorite dalla circostanza che quella della vittima è l'unica condotta davvero tangibile, atteso che il contributo dell'imputato è invece limitato ad un mero *non facere*. In tal senso, merita senza dubbio sottolineare che sul piano dei fatti, come concretamente venuti in essere, la condotta della vittima si inserisce nel processo causale, accanto all'elemento statico della situazione di pericolo, in modo assai più pregnante rispetto all'omissione dell'imputato.

Analizzando le pronunce sul tema, emergono due differenti ipotesi in cui la condotta della vittima può in effetti giungere a risolvere le sorti della vicenda in senso favorevole all'imputato: *a)* allorché si tratti di una condotta del tutto abnorme ed eccezionale idonea ad integrare un causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento *ex art. 41, comma 2, c.p.* In questa evenienza, infatti, la condotta della vittima viene ad incidere sul nesso di causa fino ad interromperlo. A tal proposito, a titolo di esempio, sebbene in un contesto estraneo all'infortunio da omessa manutenzione, si può richiamare il caso del pedone investito da un veicolo in transito che tuttavia aveva intrapreso l'attraversamento della strada in modo improvviso, con il semaforo rosso e correndo diagonalmente, lontano dalle strisce<sup>184</sup>; *b)* allorché si assista ad una condotta della persona offesa imprevedibile e inevitabile, capace in questo senso di escludere un rimprovero per colpa a carico del soggetto agente.

Le due ipotesi sono invero speculari ed ambedue, come si avrà modo di approfondire<sup>185</sup>, sono manifestazioni del concetto di caso fortuito in due accezioni diverse, entrambe elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza: la prima quale causa di interruzione del nesso eziologico; la seconda quale causa di esclusione della colpevolezza. D'altro canto, i due inquadramenti non sono così divergenti, anzi, congiuntamente danno conto del fenomeno sotteso al fortuito, poiché l'eccezionalità della condotta della vittima, capace di interrompere il nesso causale, implica gioco forza la sua imprevedibilità e con essa l'esclusione di un rimprovero per colpa a carico del soggetto agente.

---

<sup>184</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14 giugno 2005, n. 28615, in *dejure.giuffre.it*.

<sup>185</sup> Si veda *infra* p. 111 ss.

Laddove la condotta della vittima fosse invece solamente imprudente, senza assurgere però a causa eccezionale o configurare un'ipotesi di assoluta imprevedibilità, essa non escluderà la responsabilità del soggetto agente. Al più potrà integrare un'ipotesi, rilevante per il risarcimento del danno, di concorso di colpa<sup>186</sup>. Tutto ciò anche nel caso in cui la vittima fosse perfettamente consapevole dell'imprudenza del proprio comportamento<sup>187</sup>.

Alla luce di siffatti orientamenti, su cui si ritornerà nel prosieguo, è di tutta evidenza che sull'ente proprietario della strada viene a gravare un obbligo di garanzia particolarmente pregnante. A quest'ultimo s'impone infatti un obbligo di controllo e di contrasto di ogni fonte di pericolo, anche ben visibile o perfettamente conosciuta dalla vittima. In sostanza, si viene ad affermare che in nessun caso l'ente potrà fare affidamento, per esimersi dal suo compito, su di una condotta attenta e prudente dell'utilizzatore del bene.

Quest'ultimo assunto merita di essere chiarito affrontando, come preannunciato, la questione di origine civilistica della cosiddetta insidia o trabocchetto, la cui elaborazione giurisprudenziale ripercorre trasversalmente molte delle argomentazioni difensive tese a limitare la responsabilità dei garanti e vive, peraltro, in tempi recenti, importanti rivisitazioni. Non prima però di aver sinteticamente affrontato, in termini prodromici, i concetti di caso fortuito e forza maggiore.

### 3. Il caso fortuito e la forza maggiore.

Il caso fortuito e la forza maggiore di cui all'art. 45 c.p. sono istituti giuridici frequentemente rievocati nelle pronunce relative al reato in esame, soprattutto, come detto, ad opera delle difese per sottrarre i propri assistiti ad addebito di responsabilità omissiva. I due istituti sono il più delle volte associati

---

<sup>186</sup> Tuttavia, sul punto si veda *infra* p. 123 ss. l'orientamento ormai superato relativo alla nozione civilistica di insidia stradale secondo cui essa non ammetterebbe ipotesi di responsabilità concorrente tra ente proprietario della strada e vittima.

<sup>187</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV. 29 novembre 2005, n. 14180, in *dejure.giuffre.it*.

alla condotta della vittima e ai concetti di insidia e trabocchetto elaborati dalla giurisprudenza civile.

Il caso fortuito e la forza maggiore sono stati definiti, in particolare il primo, istituti senza patria in ragione delle difficoltà di collocazione nell'ambito della teoria generale del reato<sup>188</sup>. Benché il dato letterale della norma sembri riferirli al requisito della colpevolezza, poiché l'art. 45 c.p. si esprime nel senso di una non punibilità per un fatto qualificato come commesso e quindi già oggettivamente tipico, gli istituti in parola sono talvolta ricondotti al tema del nesso causale e talaltra a quello della condotta.

Il problema nasce dal fatto che la disposizione codicistica di cui all'art. 45 c.p. stabilisce la non punibilità di fatti (commessi dal soggetto agente, ma) ascrivibili al caso fortuito o alla forza maggiore, senza tuttavia fornire una definizione degli istituti in parola.

La dottrina che si è occupata del tema tende ad una trattazione per lo più distinta dei due istituti giungendo a conclusioni dogmatiche spesso divergenti. Questa impostazione è stata peraltro oggetto di condivisibili critiche<sup>189</sup> poiché, ferma la distinzione concettuale tra caso fortuito e forza maggiore, non si comprende per quale motivo, trattandosi di due figure previste nella stessa disposizione e unificate dalla medesima disciplina, si dovrebbe concludere per una diversa rilevanza e collocazione sistematica.

Il caso fortuito e la forza maggiore ruotano invero attorno alla natura eccezionale degli accadimenti così come venuti in essere in relazione a ciò che l'ordinamento poteva attendersi. L'eccezionalità che connota i due istituti ripercorre trasversalmente i temi del nesso causale, della colpevolezza e della *suitas* della condotta di modo che sia il caso fortuito che la forza maggiore possono in effetti trovare diversa collocazione e spiegazione in ognuno di questi contesti. Ad ogni modo l'unicità di disciplina che accomuna i due istituti non cancella il fatto che essi si riferiscono a fenomeni assai diversi.

---

<sup>188</sup> In questi termini si esprime F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 160.

<sup>189</sup> Le critiche sono in particolare di G. LICCI, *Figure del diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino, 2008, p. 278.

La forza maggiore rappresenta una forza coattiva esterna, materialmente impossibile da vincere per il soggetto agente che ne è dunque determinato già in termini oggettivi.

La definizione di caso fortuito è invece assai più vicina all'aspetto soggettivo del reato. Essa vorrebbe dar conto dell'imprevedibilità dell'evento e della conseguente inevitabilità dello stesso da parte del soggetto agente. Il caso fortuito si inserisce in sostanza nel fatto dell'agente in modo che questi non può più governare gli accadimenti rimanendone, sui malgrado, coinvolto.

Dal punto di vista della teoria generale del reato, la forza maggiore viene prevalentemente intesa quale fattore esterno che esclude la *suitas* della condotta<sup>190</sup>. L'intervento di una forza esterna escluderebbe in questo senso la reale appartenenza della condotta incriminata al soggetto agente. Le critiche a tale inquadramento dogmatico discendono però dalla formulazione letterale dell'art. 45 c.p., il quale, facendo riferimento a "chi ha commesso il fatto", presupporrebbe la presenza di una condotta in senso tecnico.

Un altro orientamento riconduce quindi la forza maggiore alla nozione di colpevolezza, intendendola come causa di esclusione della stessa per non esigibilità di una condotta diversa e dunque non rimproverabilità di quella tenuta<sup>191</sup>.

Infine, altra corrente di pensiero – a cui possono invero essere mosse le medesime critiche riservate alle teorie dell'esclusione della *suitas* – ritiene più corretto collocare la forza maggiore, al pari del caso fortuito, nell'ambito della causalità come fattore di esclusione del nesso eziologico<sup>192</sup>. Secondo quest'ultima dottrina, la forza maggiore e il caso fortuito darebbero conto di avvenimenti che in base alla miglior scienza ed esperienza non possono essere ritenuti conseguenza

---

<sup>190</sup> Cfr., in questo senso, F. ANTOLISEI, *Parte generale*, cit., p. 409; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2005, p. 285; G. CONTENTO, *Corso di diritto Penale*, Bari, 2004, p. 114; G. FIANDACA, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Digesto pen.*, II, Torino, 1988, p. 111. Invero anche il caso fortuito è talvolta ricondotto alla *suitas* della condotta: la forza maggiore farebbe riferimento a fattori esogeni mentre il caso fortuito a fattori endogeni.

<sup>191</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 223; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 118.

<sup>192</sup> Secondo questa dottrina, tale collocazione dogmatica trova conferma nel dato letterale dell'art. 45 c.p. in cui la preposizione "per" fatta seguire al verbo commettere significherebbe "a causa di" forza maggiore e caso fortuito. Quest'ultime sarebbero concause dell'evento capaci di interrompere il nesso causale.

probabile o addirittura possibile della condotta del soggetto agente<sup>193</sup>. Forza maggiore e caso fortuito darebbero luogo a decorsi causali atipici ed eccezionali per via di fattori preesistenti o concomitanti alla condotta capaci di interrompere il nesso causale<sup>194</sup>.

Quanto specificamente al caso fortuito, piuttosto che come detto al nesso causale, la dottrina prevalente preferisce ricondurlo all'elemento della colpevolezza<sup>195</sup>. Esso riguarderebbe fattori capaci di escludere la rimproverabilità sottesa alla colpevolezza poiché l'evento, dovuto a fattori imponderabili, non poteva essere previsto. Sempre sul piano soggettivo va anche richiamata la teoria che riferendo il caso fortuito a circostanze interne del soggetto – in contrapposizione a quelle esterne ricondotte alla forza maggiore – ritiene che esso farebbe venir meno la *suitas* poiché, a fronte del fatto imprevedibile, la condotta sarebbe necessitata. Infine, altre correnti di pensiero, tornano a collocare il caso fortuito nell'ambito dell'elemento oggettivo, ma non nei termini sopra illustrati di esclusione del nesso causale, ma in termini di carenza di tipicità o dei presupposti per imputare il fatto ovvero per integrarlo<sup>196</sup>.

I diversi orientamenti in merito alla collocazione dogmatica dei due istituti danno conto della loro trasversalità rispetto alle nozioni di condotta, nesso eziologico e colpevolezza.

Nel ricercare una *ratio* comune alle due figure si è sostenuto che essa andrebbe individuata nell'esclusione, in linea generale, di ogni addebito di responsabilità per fatti che esorbitano dall'umana dominabilità, ossia da ciò che è impedibile ed evitabile dall'uomo. Secondo questa teoria la non dominabilità della

---

<sup>193</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 161. Il caso fortuito riguarderebbe i fattori causali, non solo sopravvenuti ex art. 41, comma 2, c.p., ma anche preesistenti o concomitanti che hanno reso eccezionalmente possibile il verificarsi di un evento invero improbabile secondo la miglior scienza e esperienza; mentre la forza maggiore indicherebbe le forze naturali sopravvenute esterne al soggetto che lo determinano in modo inevitabile ad un atto e ad un conseguente evento. Secondo questa dottrina, forza maggiore e caso fortuito si differenzierebbero solo se osservati dal punto di vista soggettivo. L'autore osserva che escludendo il rapporto di causalità, caso fortuito e forza maggiore escludono *a fortiori* anche la colpevolezza quale riflesso soggettivo che l'agente non poteva prevedere che la sua condotta avrebbe portato ad integrare il reato. Nei reati di mera condotta, in mancanza di nesso causale, opererebbero solo a livello di colpevolezza.

<sup>194</sup> Cfr. sempre F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 149, nonché M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale: parte generale*, Milano, 1991, p. 118.

<sup>195</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Parte generale*, cit., p. 385; G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale: parte generale*, Padova, 1986, p. 568.

<sup>196</sup> Cfr. M. RONCO – S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice Penale Ipertestuale*, Milano, 2007, art. 45, p. 301 e dottrina ivi citata.

situazione sottesa alla disciplina dell'art. 45 c.p. si articolerebbe nelle due forme sintomatiche della non prevenibilità (caso fortuito) e della non resistibilità (forza maggiore)<sup>197</sup>. Le due ipotesi, pur accomunate dalla non dominabilità, non sarebbero la stessa cosa: ci sono infatti eventi non prevenibili (a cui non si può opporsi) anche se previsti al momento della condotta ed eventi normalmente imprevedibili che se fossero stati eccezionalmente previsti avrebbero potuto essere evitati<sup>198</sup>.

Ad ogni modo, i fattori riconducibili al caso fortuito ovvero alla forza maggiore per essere coerenti con la disciplina di questi istituti e condurre dunque ad un esonero di responsabilità devono essere del tutto estranei sia alla condotta del soggetto agente che ad un suo coinvolgimento colpevole. In questo senso, con specifico riferimento alla più problematica ipotesi del caso fortuito, la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare che “l'accadimento fortuito, per produrre il suo effetto di escludere la punibilità dell'agente – sul comportamento del quale viene ad incidere – deve risultare totalmente svincolato sia dalla condotta del soggetto agente, sia dalla sua colpa. Ne consegue che in tutti i casi in cui l'agente abbia dato materialmente causa al fenomeno – solo, dunque, apparentemente fortuito – ovvero nei casi in cui, comunque, è possibile rinvenire un qualche legame di tipo psicologico tra il fortuito e il soggetto agente, (nel senso che l'accadimento, pure eccezionale, poteva in concreto essere previsto ed evitato se l'agente non fosse stato imprudentemente negligente o imperito) non è possibile parlare propriamente di fortuito in senso giuridico”<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> In questo senso, cfr. G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit., p. 280. Questa lettura dell'art. 45 c.p. supererebbe, per un verso, le critiche mosse contro la teoria causale (non vi è alcuna ragione sistematica per la quale il legislatore avrebbe dovuto ritornare ad occuparsi del nesso eziologico dopo aver trattato dell'imputazione soggettiva) e, per altro verso, contro la teoria che considera il caso fortuito come elemento negativo della colpa (non è pensabile che la disciplina dell'art. 45 c.p. si risolva in una mera duplicazione, in negativo, di altre disposizioni, perché ciò la renderebbe superflua). Quanto invece alla teoria che riconduce la disciplina dell'art. 45 c.p. ad ipotesi nominate di mancanza di *suitas* riferibili rispettivamente all'intervento di fattori esogeni (casi di forza maggiore) oppure endogeni (casi fortuiti), la dottrina in esame osserva come la locuzione codicistica «non è punibile chi ha commesso il fatto» presupponga una condotta riferibile ad un autore; inoltre, si osserva che la disposizione si tradurrebbe in una mera specificazione di ciò che è già contenute nell'art 42, comma 1, c.p.

<sup>198</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Il reato: parte generale*, Milano, 2007, p. 237.

<sup>199</sup> In questi termini si esprime Cass. Pen., Sez. IV, 12 maggio 2009, n. 20023, in <http://www.semaforoverde.it/dnnsite/tabid/65/ctl/view/mID/390/itemid/690/default.aspx>. Il caso trattato dalla corte attiene ad un automobilista che causa un incidente stradale poiché scivola per

Nel contesto dei reati omissivi ed in particolare di quelli oggetto del presente studio, la già complessa ricostruzione ed applicazione delle nozioni di forza maggiore e caso fortuito si complica ulteriormente.

Dal panorama giurisprudenziale in materia si coglie infatti come gli istituti in esame siano di regola richiamati in due ipotesi diverse:

- a) qualificando in termini di caso fortuito o forza maggiore la condotta della vittima o di soggetti terzi o comunque fattori *concomitanti* al fatto (tromba d'aria che distrugge la strada) che per la loro irresistibilità (forza maggiore) o imprevedibilità (caso fortuito) non consentono al soggetto agente (l'ente proprietario omissivo) di evitare l'evento o comunque, secondo diversa impostazione ancorata alla colpevolezza, non lo rendono allo stesso rimproverabile;
- b) riconducendo al caso fortuito o alla forza maggiore la materiale impossibilità di agire diversamente<sup>200</sup>, nel senso cioè di evitare l'evento. In questo caso vengono in rilievo fattori in qualche misura preesistenti al fatto in sé che impediscono al garante di prevenirne la verificazione come, ad esempio, la mancanza di disponibilità economica per intervenire efficacemente ovvero l'assunzione da poco tempo dell'incarico di responsabilità all'interno dell'ente con riferimento all'intervento asseritamente omissivo. In tali ipotesi, sussiste una causalità sul piano strettamente materiale, nel senso che se il garante avesse tenuto la condotta pretesa dall'ordinamento il fatto non si sarebbe verificato, ma a monte manca una condotta omissiva realmente propria del soggetto agente, manca cioè la *suitas* della condotta. In questo senso le pronunce esaminate tendono invero a riferirsi alla sola forza maggiore, ma, a ben vedere, per giungere all'esonero totale di responsabilità dell'ente proprietario, vi deve essere anche una po' di fortuito. Si è infatti già avuto modo di osservare che essendo la condotta omissiva colposa forgiata sulla scorta della regola cautelare, le omissioni tipiche sono tante quante sono le regole cautelari. Conseguentemente, di fronte

---

la presenza di ghiaccio sulla strada che tuttavia lo stesso avrebbe dovuto e potuto prevedere per tempo adeguando di conseguenza la propria condotta.

<sup>200</sup> Sul tema si veda *infra*, sempre in questo paragrafo, Cass. Pen., Sez. IV, 25 maggio 2010, n. 19615, in *dejure.giuffre.it*.

all'impossibilità materiale (forza maggiore) di tenere un certo comportamento, l'ordinamento ne pretende un altro (ad esempio, se non vi sono le risorse economiche per riparare la strada, occorre quantomeno segnalare la buca). Ecco che la natura fluida della tipicità della condotta omissiva tende a ridimensionare la portata della forza maggiore, poiché, a fronte dell'impossibilità di tenere una certa condotta potrebbe residuare la possibilità di tenerne un'altra ugualmente prevista da una regola cautelare finalizzata ad evitare l'evento. Per far venir meno la responsabilità non è dunque sufficiente la forza maggiore in relazione ad una specifica condotta, ma occorre che l'evento non sia neppure diversamente evitabile, occorre cioè quella imprevedibilità propria del caso fortuito. La forza maggiore esclude ogni responsabilità solamente allorché precluda qualsiasi possibilità di intervento del garante, negli altri casi si impone un vaglio circa la diversa evitabilità dell'evento e dunque un vaglio circa il ricorrere o meno del fortuito.

Con gli istituti in esame si è misurata la Corte di Cassazione penale, Sez. IV, nella pronuncia del 25 maggio 2010, n. 19615<sup>201</sup> che merita di essere qui ripercorsa.

La vicenda trattata è quello di due cantonieri di ANAS S.p.A. (il capo del nucleo addetto alla manutenzione della strada teatro dell'evento e il capo cantiere addetto alla sorveglianza del medesimo tratto stradale) condannati in primo grado per il reato di cui agli artt. 113, 41, 589, comma 2, c.p. ai danni di un automobilista deceduto a seguito di un incidente stradale, poi però assolti in appello per l'asserita sussistenza di una ipotesi di forza maggiore e nuovamente ritenuti responsabili dai giudici di legittimità<sup>202</sup>. I due erano accusati di aver provocato, in cooperazione colposa tra loro ed in concomitanza con la condotta indipendente di un secondo automobilista, per colpa consistita in negligenza, imprudenza ed imperizia, nonché nella violazione dell'art. 14 del codice della strada, un incidente mortale poiché non avevano curato la manutenzione del tratto stradale loro assegnato. Più precisamente, la morte della persona offesa, che nella circostanza transitava regolarmente lungo la strada favorita, era da imputarsi,

---

<sup>201</sup> In *dejure.giuffre.it*.

<sup>202</sup> Tuttavia, nelle more del giudizio di legittimità, il reato si è prescritto.

secondo l'accusa, tanto alla condotta di un secondo automobilista che, non osservando il segnale di stop, aveva invaso la corsia di marcia della vittima, la quale, a sua volta, per evitare lo scontro era andata ad impattare contro un albero; quanto anche ai due cantonieri di ANAS S.p.A. poiché, non provvedendo alla falciatura ed al taglio della vegetazione esistente in corrispondenza dell'intersezione e mancando di apporre adeguata segnaletica orizzontale sul piano viabile e di "Stop" nel punto di innesto delle due strade, avevano influito sulla condotta di guida del secondo automobilista, quantomeno costringendolo ad oltrepassare la linea dello stop per superare l'ostacolo alla visuale determinato dalla barriera erbosa.

La Corte d'appello aveva assolto i due cantonieri poiché, pur ritenendo che la presenza della barriera erbosa fosse stata concausa del sinistro e pur riconoscendo che l'obbligo di manutenzione gravava sugli imputati, ebbe a concludere che ad essi non potesse essere mosso alcun addebito poiché nei loro confronti doveva ritenersi operante un'ipotesi di forza maggiore *ex art. 45 c.p.*

Secondo la Corte territoriale, i due imputati, davanti alla presenza di circa trecento accessi sparsi sui due lati del tratto di strada di loro competenza, che presentavano analoghi rischi per la circolazione stradale, avevano fatto il possibile per garantire la eliminazione della vegetazione dilagante, non solo sollecitando l'intervento della ditta che si era aggiudicati i lavori di estirpazione delle erbe, ma iniziando i lavori di pulitura, affidati ai cantonieri. Di più, hanno sostenuto i giudici del gravame, non poteva pretendersi dai due imputati. Per i giudici di merito mancava in sostanza la possibilità materiale di adempiere all'obbligo di impedire l'evento; mancava, cioè, la possibilità materiale di tenere il comportamento preteso dall'ordinamento: mantenere la strada falciando l'erba. I giudici di merito hanno dunque ritenuto che il fatto fosse da attribuirsi a forza maggiore, nel senso che l'omissione sarebbe stata invero determinata da situazioni irresistibili esterne al soggetto agente: rapidità con cui l'erba cresceva, rilevanza numerica degli accessi da mantenere ed insufficienza delle risorse oggettivamente a disposizione<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> Sulla configurabilità della forza maggiore nel senso di cui alla pronuncia della Corte d'Appello cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., art. 45, p. 487.

Il procuratore generale ricorre avverso suddetta assoluzione deducendo, tra l'altro, la violazione del disposto di cui all'art. 45 c.p. Emblematico dell'incertezza in materia è peraltro il fatto che il ricorrente, nel contestare la tesi della Corte territoriale, sostenga non tanto l'insussistenza dell'ipotesi di forza maggiore rinvenuta invece dal Collegio, quanto piuttosto l'estraneità del caso fortuito al fatto *sub judice*. Secondo l'accusa "il caso fortuito presuppone un nesso di causalità materiale tra la condotta e l'evento cui non si accompagni l'elemento soggettivo della colpa, in quanto l'agente non ha determinato l'evento per sua negligenza, imprudenza. L'esimente in questione, in tanto esiste, secondo il PG ricorrente, in quanto si sia verificato un fatto del tutto imprevedibile ed inevitabile dall'agente al quale, pur facendo uso di ogni possibile diligenza, è stato in sostanza impedito di adeguare la propria azione alla situazione creatasi; la stessa esimente non ricorre, invece, allorché all'agente possa attribuirsi una pur minima colpa". Ebbene, secondo il ricorrente, nel caso dei due cantonieri di ANAS S.p.A, non ricorrerebbe né l'imprevedibilità dell'evento, atteso che gli stessi imputati avevano all'uopo sollecitato la ditta a cui erano stati appaltati i lavori di taglio dell'erba, né "l'inevitabilità dello stesso, atteso che l'evento era facilmente evitabile con la predisposizione di idonea segnaletica e con la stessa chiusura dell'accesso". In questo modo il procuratore richiama in sostanza altre condotte alternative lecite previste da norme cautelari non interdette da motivi di forza maggiore.

La Corte di Cassazione abbraccia la tesi dell'accusa, tuttavia riconduce tutta la problematica all'interno della nozione di forza maggiore. Per i giudici di legittimità "la forza maggiore si pone quale causa di esclusione della punibilità allorché l'evento si ponga quale ineluttabile conseguenza di un fatto imponderabile, impreveduto ed imprevedibile, del tutto estraneo alla condotta dell'agente, nei cui confronti non sia rilevabile neanche il più esile profilo di colpa". In questo senso, la forza maggiore è calamitata nell'ambito della colpevolezza. Il supremo collegio prosegue affermando che "L'ineluttabilità, l'imprevedibilità si pongono, quindi, quali condizioni necessarie perché l'evento determinatosi possa essere attribuito a forza maggiore".

La Corte si sofferma quindi sull'imprevedibilità dell'incidente escludendola, poiché il pericolo rappresentato dalla folta vegetazione era evidente, atteso che questa impediva ai conducenti dei veicoli che impegnavano la strada statale e le diverse vie di accesso di avvistarsi reciprocamente e tempestivamente. La Corte osserva poi che il rischio era stato addirittura previsto dagli imputati, i quali, non a caso, avevano sollecitato l'intervento della ditta che si era aggiudicato l'appalto dei lavori di disboscamento e pulizia delle aree stradali in questione. Per i Giudici sarebbe bastato, per porre in sicurezza l'incrocio, predisporre una più idonea segnaletica ovvero altri interventi d'urgenza, fino a giungere alla chiusura degli accessi più a rischio.

In conclusione, secondo i giudici di legittimità, nel caso in esame mancavano "le condizioni perché l'evento possa attribuirsi a forza maggiore". La sentenza della Corte d'appello è dunque tacciata di contraddittorietà poiché, pur avendo attribuito rilievo causale nella determinazione dell'evento alla presenza della folta vegetazione e pur avendo dato atto delle condotte omissive degli imputati, che avrebbero potuto intervenire per garantire le condizioni di sicurezza delle strade teatro dell'incidente, ha contraddittoriamente ritenuto che essi avessero fatto quanto era in loro potere per impedire l'evento, peraltro attribuito a forza maggiore malgrado la riconosciuta prevedibilità e l'evitabilità dello stesso da parte degli imputati.

La sentenza in commento conferma dunque la forte interazione tra forza maggiore e caso fortuito, nonché la necessità, nei reati omissivi, che la forza maggiore sia in realtà accompagnata dal fortuito per giungere davvero ad un completo esonero di responsabilità, attesa la tipicità fluida che come si diceva caratterizza la condotta omissiva, forgiata (cumulativamente) sulla base delle numerose regole cautelari che vengono in rilievo nel caso specifico.

4. *La nozione di insidia o trabocchetto alla prova della responsabilità penale.*

4.1. *L'insidia nella giurisprudenza civile.*

La giurisprudenza civile che si è misurata con le pretese di risarcimento del danno cagionato da una buca o comunque da un difetto della strada o, più in generale, di un bene pubblico ha fatto per lungo tempo ricorso alla nozione di insidia o trabocchetto. Secondo questo orientamento, sviluppatosi sin dal secondo decennio del ventesimo secolo, in caso di danno da inefficienza stradale, la responsabilità della pubblica amministrazione di cui all'art. 2043 c.c. sarebbe limitata alle ipotesi in cui la causa dell'evento sia qualificabile in termini di insidia o trabocchetto, ossia di situazione di pericolo occulto contemporaneamente (a) oggettivamente non visibile e (b) soggettivamente non prevedibile. Al di fuori di tali circostanze la pubblica amministrazione non potrebbe essere chiamata a rispondere del danno in forza di una sorta di principio di autoresponsabilità gravante sul danneggiato<sup>204</sup>.

La Corte Costituzionale, con la pronuncia del 10 maggio 1999, n. 156<sup>205</sup>, ha fatto proprio l'indirizzo giurisprudenziale appena accennato, configurando l'insidia stradale in termini di figura sintomatica della colpa della pubblica amministrazione, il cui onere probatorio graverebbe sul danneggiato in forza del disposto di cui all'art. 2043 c.c.

Che il mancato intervento dell'ente proprietario a fronte della presenza di un pericolo occulto costituisca un chiaro sintomo della negligenza di quest'ultimo, invero tenuto a garantire la sicurezza della rete viaria, nessuno può assennatamente dubitare. Tuttavia, la citata giurisprudenza riteneva tale requisito imprescindibile per potersi affermare una responsabilità della pubblica amministrazione, con esclusione di ogni diversa possibilità di corroborare la pretesa risarcitoria, in punto di colpa dell'ente, attraverso differenti riscontri fattuali, quali l'incuria nella manutenzione, la mancata apposizione di segnaletica o di dispositivi di protezione o, ancora, la violazione di altre norme cautelari. Così

---

<sup>204</sup> Sul tema cfr. ampiamente M. BONA, *La responsabilità civile dei custodi delle strade pubbliche*, cit., p. 232 ss.

<sup>205</sup> In [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

facendo, la nozione di insidia stradale veniva di fatto a costituire un prerequisito della responsabilità dell'ente. Veniva dunque a delimitare e soprattutto a limitare il dovere giuridico di controllo della fonte di pericolo rappresentato dal bene strada gravante sull'ente proprietario. Per andare esente da responsabilità, alla pubblica amministrazione sarebbe stato sufficiente rimuovere i pericoli occulti; invece, le conseguenze dannose di pericoli non occulti sarebbero inevitabilmente rimaste a carico del malcapitato utente della strada.

In questa ottica, la giurisprudenza civile ha più volte affermato che “nell'esercizio del suo potere discrezionale inerente alla esecuzione e manutenzione di opere pubbliche la p.a. incontra limiti derivanti sia da norme di legge, regolamentari e tecniche, sia da regole di comune prudenza e diligenza, prima fra tutte quella del «*neminem laedere*» in ossequio alla quale essa è tenuta a far sì che l'«*opus publicum*» (in particolare una strada aperta al pubblico transito) non integri per l'utente gli estremi di una situazione di pericolo occulto (cosiddetta insidia o trabocchetto). Tale situazione ricorre, in particolare, quando lo stato dei luoghi è caratterizzato dal doppio e concorrente requisito della non visibilità oggettiva del pericolo e della non prevedibilità subiettiva del pericolo stesso”<sup>206</sup>.

Benché la dottrina fosse sostanzialmente allineata alla citata giurisprudenza, non sono mancate alcune voci fuori dal coro<sup>207</sup>, le quali evidenziavano come il modello di responsabilità incentrato sul pericolo occulto lasciasse gli enti proprietari delle strade sostanzialmente liberi di non intervenire allorché, nonostante la presenza di gravi carenze manutentive, finanche con ampie voragini e pericolose scarpate, il tutto fosse visibile all'utente della strada. L'insensatezza di simili posizioni è presto detta: se è vero che la visibilità dell'insidia qualifica come disattenta la condotta del danneggiato è ancor più vero che la medesima visibilità segnala una lampante colpa dell'ente per non aver posto rimedio ad un così evidente stato di dissesto. L'orientamento giurisprudenziale incentrato sul concetto di insidia era peraltro in palese contrasto

---

<sup>206</sup> Cass. Civ., Sez. III, 5 luglio 2001, n. 9092, in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 620 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *La presunzione di responsabilità non opera nei confronti della P.A.*

<sup>207</sup> Cfr. M. BONA, *La responsabilità civile dei custodi delle strade pubbliche*, cit., p. 234 e dottrina ivi citata in nota n. 25.

con la *ratio* precauzionale sottesa al disposto di cui all'art. 2043 c.c.<sup>208</sup>, inoltre poneva a carico del danneggiato vincoli probatori privi di riscontri normativi e difficili da superare.

Il modello di responsabilità appena descritto comportava peraltro un ulteriore problema in relazione alle ipotesi di colpa concorrente di danneggiante e danneggiato nella causazione dell'evento. Infatti, come ricordato dalla Corte Costituzionale nella richiamata pronuncia, la giurisprudenza andava affermando una “incompatibilità logica fra un possibile concorso di colpa del danneggiato e la stessa nozione di insidia, essendo questa contraddistinta appunto dai caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità del pericolo”; in altri termini: in caso di danno da inefficienza della strada o è responsabile l'ente proprietario o è responsabile il danneggiato, *tertium non datur*. In realtà, appare certamente più rispondente ai principi che regolano la materia ritenere che la potenziale visibilità o prevedibilità dell'insidia da parte del danneggiato, e dunque una sua condotta disattenta, possa integrare una concausa dell'evento unitamente però, all'evidente negligenza manutentiva rimproverabile dell'ente proprietario<sup>209</sup>.

Nel 2006, con alcune pronunce particolarmente innovative<sup>210</sup>, la Suprema Corte prende le distanze dall'orientamento fino ad allora seguito ed in Cass. Civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5445<sup>211</sup> afferma che “diversamente da quanto dall'odierna ricorrente dedotto in conformità a principio da questa Corte in effetti costantemente affermato e che il collegio ritiene peraltro di non poter condividere, l'insidia determinante pericolo occulto non è invero dalla norma di cui all'art. 2043 c.c. contemplata, trattandosi di figura di elaborazione giurisprudenziale (cfr. Cass., 9 novembre 2005, n. 21684; Cass., 13 luglio 2005, n. 14749; Cass., 17 maggio 2005, n. 6767; Cass., 25 giugno 2003, n. 10131) che, muovendo da esigenze di limitazione delle ipotesi di responsabilità, finisce tuttavia per risolversi, laddove viene a porsi la relativa prova a carico del danneggiato, in

---

<sup>208</sup> Sul punto ancora M. BONA, *La responsabilità civile dei custodi delle strade pubbliche*, cit., p. 234. L'Autore ha acutamente osservato che “Con l'insistere per l'applicazione di queste figure, si finiva invero con l'assolvere i gestori delle strade proprio laddove la violazione delle misure precauzionali era più grave. Come poteva essere che una strada a groviera costituisse un buon motivo per allocare il danno sul solo danneggiato?”.

<sup>209</sup> Cfr. nuovamente M. BONA, *La responsabilità civile dei custodi delle strade pubbliche*, cit., p. 234 ss.

<sup>210</sup> La prima di queste è Cass. Civ., Sez. III, 20 febbraio 2006, n. 3651, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

<sup>211</sup> In [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

termini di ingiustificato privilegio per la P.A.”. Nella circostanza, il Supremo collegio prosegue peraltro chiarendo che “L’insidia o trabocchetto può sul piano probatorio considerarsi viceversa rilevante laddove al proprietario di strade pubbliche è consentito dare la c.d. prova liberatoria, dimostrando cioè di avere adottato tutte le misure idonee a prevenire ed impedire che il bene demaniale presenti per l’utente una situazione di pericolo occulto produttiva di danno a terzi, con lo sforzo diligente adeguato alla natura della cosa e alle circostanze del caso concreto, al fine di fare in sostanza valere la propria mancanza di colpa e, se del caso, il concorso di colpa del danneggiato (per la compatibilità tra la responsabilità della p.a. ex art. 2043 c.c. per cd. insidia stradale ed il concorso colposo del danneggiato ex art. 1227, c. 1, c.c. cfr. Cass., 3/12/2002, n. 17152; Cass., 1/10/2004, n. 19653 ).”

Sempre nella stessa direzione sono poi intervenute le cosiddette sentenze gemelle nn. 15383 e 15384 del 6 luglio 2006<sup>212</sup> secondo le quali: “la responsabilità della p.a. per danni conseguenti all’utilizzo di bene demaniale da parte del soggetto danneggiato non può essere limitata ai soli casi di insidia o trabocchetto questi, come è stato rilevato, sono solo elementi sintomatici della responsabilità della p.a., ma ciò non esclude che possa individuarsi nella singola fattispecie anche un diverso comportamento colposo della p.a. Limitare aprioristicamente la responsabilità della p.a. per danni subiti dagli utenti dei beni demaniali alle sole ipotesi della presenza di insidia o trabocchetto non trova alcuna base normativa nella Generalklausel di cui all’art. 2043 c.c., con un’indubbia posizione di privilegio per la p.a. (in questo senso, già Cass. 14.3.2006, n. 5445). Una volta ritenuta l’applicabilità della fattispecie dell’art. 2043 c.c. non vi è una ragione, normativamente fondata, né per effettuare una limitazione del contenuto precettivo della norma né per un diverso riparto dell’onere probatorio. In questo caso graverà sul danneggiato l’onere della prova dell’anomalia del bene demaniale (e segnatamente della strada), fatto di per sé idoneo – in linea di principio – a configurare il comportamento colposo della P.A. sulla quale ricade l’onere della prova dei fatti impeditivi della propria responsabilità, quali – nella teorica dell’insidia o trabocchetto – la possibilità in

---

<sup>212</sup> Entrambe rinvenibili in *dejure.giuffrè.it*.

cui l'utente si sia trovato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la suddetta anomalia”.

Il nuovo orientamento, abbracciato dalla giurisprudenza di legittimità con le citate sentenze, pretende infine un richiamo ad una pronuncia di poco successiva<sup>213</sup> che ha il merito di ribadire, per un verso che la colpa della pubblica amministrazione non è limitata alla figura del pericolo occulto, ben potendosi rinvenire in altri difetti manutentivi, e, per altro verso, che la visibilità o meno dell'insidia rileva, al più, ai fini di un eventuale fatto colposo della vittima, capace di interrompere il nesso causale o di integrare un eventuale concorso di responsabilità. Tuttavia, in queste due ultime ipotesi l'onere della prova della visibilità e prevedibilità dell'insidia sarà a carico della pubblica amministrazione.

Il caso portato all'attenzione del Supremo Collegio ed oggetto della citata pronuncia riguardava un'anziana signora scivolata su di una discesa in evidente (non occulto) stato di pericolo. Ebbene, la Corte ha modo di affermare l'erroneità della sentenza di merito “che ha ristretto la responsabilità dell'ente proprietario della strada, per cattiva o omessa manutenzione della stessa, alla sola ipotesi della cosiddetta insidia (o trabocchetto) stradale, senza esaminare più in generale se sussistesse un comportamento colposo (anche omissivo) dello stesso ente nella manutenzione della «salita», eziologicamente produttivo del danno ingiusto subito dall'attrice”. Per i Giudici di legittimità, “Ciò vale tanto più se si considera che il giudice di appello, aderendo alla ricostruzione dei luoghi effettuata dal primo giudice, concorda sul punto che la salita era pericolosa, essendo costituita da una scalinata in ciottolato e mattoni con estese sconessioni, particolarmente scivolosa per la formazione di una patina di muschio e che era priva di mancorrente. La visibilità o meno (da parte dell'attrice danneggiata) di tale stato di abbandono e di pericolo non vale di per sé ad escludere la responsabilità dell'ente proprietario, per la mancanza dell'insidia, ma può essere valutato dal giudice di merito (sia nell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c. che in quella di cui all'art. 2051 c.c.) solo in termini di fatto colposo del danneggiato che abbia eventualmente escluso il nesso causale tra l'omissione di manutenzione da parte del Comune ed il danno ingiusto ovvero abbia dato un eventuale concorso eziologico.”

---

<sup>213</sup> Cass. civ. , Sez. III, 8 marzo 2007, n. 5308, in *dejure.giuffrè.it*.

A partire dalle citate pronunce del 2006 va dunque consolidandosi, innanzitutto nella giurisprudenza civile, l'orientamento secondo cui la nozione di insidia non vale più a limitare la responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazioni per i danni causati da deficienze dell'infrastruttura stradale.

#### 4.2. *L'insidia nel diritto penale.*

La nozione di insidia e trabocchetto, elaborata in ambito civilistico fino al 2006 e ora richiamata, ha di tanto in tanto permeato anche la giurisprudenza penale.

Sebbene in modo meno marcato, atteso che non mancano pronunce in cui il tema della visibilità e prevedibilità del difetto stradale da parte della vittima rimane del tutto estraneo<sup>214</sup>, il concetto di insidia stradale è spesso giunto ad occupare un ruolo importante anche in sede penale.

Nella giurisprudenza penale, il concetto di insidia ha talvolta rappresentato un limite all'obbligo giuridico di garanzia gravante sull'ente proprietario della strada<sup>215</sup>, di modo che la visibilità o prevedibilità del pericolo giungeva ad escludere, a monte, qualsivoglia dovere di intervento, e talaltra invece motivo per addebitare in termini causali il fatto alla vittima disattenta. In questa seconda prospettiva, ferma la sussistenza dell'obbligo di garanzia, la condotta distratta della vittima avrebbe in sostanza assunto a fattore interruttivo del nesso di causa tra l'inadempimento dell'obbligo di messa in sicurezza della strada e l'evento dannoso.

Alla prima qualificazione, ossia alla visibilità e prevedibilità del pericolo quale limite all'obbligo di garanzia, si è richiamata soprattutto quella giurisprudenza che si è occupata di lesioni personali o morte legate alla conformazione propria dei luoghi (es. strada affiancata ad un dirupo non protetto)<sup>216</sup>; mentre all'inquadramento dell'insidia in termini di interruzione del

---

<sup>214</sup> Cfr. in questo senso Cass. Pen, Sez. IV, 28 novembre 2003, n. 46011, in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>215</sup> Nelle pronunce in questione la fonte dell'obbligo di garanzia è peraltro insistentemente ed erroneamente individuata nel disposto di cui all'art. 2043 c.c. Si veda sul punto *supra* p. 97 ss.

<sup>216</sup> Cfr., tra le altre, Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 1998, n. 478, in *dejure.giuffrè.it.*, nonché quanto esposto *infra* p. 127 ss.

nesso di causa si sono riferite soprattutto le difese degli imputati in organico agli enti proprietari per addebitare ogni responsabilità dell'accaduto alla vittima del fatto<sup>217</sup>.

Entrambi gli accennati inquadramenti della prevedibilità e visibilità della situazione di pericolo da parte della vittima contrastano con le norme ed i principi che regolano la materia.

Innanzitutto, non è dato rinvenire alcun riscontro positivo in merito all'affermata limitazione dell'obbligo di garanzia – specie obbligo di controllo della fonte di pericolo – alle sole ipotesi in cui il pericolo sia occulto. Né il disposto di cui all'art. 2051 c.c., né tanto meno la disciplina del vigente codice della strada limitano infatti il dovere di custodia e manutenzione delle infrastrutture stradali alle sole ipotesi di pericolo non visibile o non prevedibile<sup>218</sup>. Analogamente poi, anche l'asserita capacità interruttiva del nesso causale attribuita alla condotta della vittima per il solo motivo di aver patito l'offesa nonostante la visibilità o prevedibilità dell'insidia pare collidere in *primis* con la teoria dell'equivalenza causale, secondo cui le concause non escludono avvicendevolmente la loro rilevanza, e, in *secundis*, con lo strettissimo margine derogatorio concesso dal disposto di cui all'art. 41, comma 2, c.p. a tale principio di equivalenza. Su entrambe le questioni merita però soffermarsi ulteriormente.

#### 4.3. *L'insidia stradale quale limite all'obbligo di garanzia.*

Nel senso che la nozione di insidia stradale rileva al fine di delineare (e limitare) l'obbligo di garanzia ebbe modo di esprimersi Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 1998, n. 478<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 29 luglio 2004, n. 32970, in *dejure.giuffrè.it*, nonché quanto esposto *infra* p. 130 ss.

<sup>218</sup> A tal proposito si potrebbe tuttavia osservare che siffatta limitazione sarebbe implicata dal concetto stesso di posizione di garanzia. La presenza della posizione di garanzia con connessa responsabilità è infatti giustificata unicamente sulla scorta di un bisogno di tutela rispetto alla fonte di pericolo per l'impossibilità di autoprotettersi. La visibilità e prevedibilità del pericolo farebbero venir meno proprio questa impossibilità.

<sup>219</sup> In *dejure.giuffrè.it*.

Il caso portato all'attenzione dei giudici riguardava un soggetto che sedutosi su di un muretto alto circa 35 centimetri posto a delimitazione di uno spazio pubblico nel centro storico di una cittadina precipitava nella via sottostante riportando lesioni letali. Nella circostanza, il sindaco veniva tratto a giudizio, quale responsabile della sicurezza del territorio, per aver omesso di munire di idonea inferriata il muretto che fungeva da parapetto. La Corte d'Appello, nel confermare la sentenza assolutoria di primo grado, aveva sostenuto “che la situazione dei luoghi come descritta nell'imputazione non poteva essere ritenuta alla stregua di una insidia o di un trabocchetto, sulla base di quanto risultava dalla descrizione fattane ad opera del Comando di Polizia Municipale che induceva ad escludere l'imprevedibilità e la non visibilità proprie del trabocchetto e portava, anzi, alla conclusione che la situazione stessa doveva essere ben conosciuta dalla vittima, nativo del posto”. Contro il riferimento alla nozione di trabocchetto di palese importazione civilistica insorgeva l'accusa, secondo cui si sarebbe trattato di un istituto “del tutto estraneo alla materia della colpa penale”.

I giudici di legittimità affrontarono all'epoca il problema ermeneutico prendendo le mosse dall'obbligo di garanzia<sup>220</sup>. Per la Corte di Cassazione, nel caso di specie, si sarebbe innanzitutto dovuto chiarire “se il Sindaco (imputato) avesse assunto, nei confronti di un numero indeterminato di cittadini una posizione di protezione di determinati interessi e beni (nella specie: quello dell'incolumità individuale) minacciati nella loro integrità da un qualsiasi pericolo, quale che ne fosse la fonte di provenienza ed in forza di un obbligo (dedotto in imputazione) derivatogli dall'essere «responsabile della sicurezza del territorio comunale»”,<sup>221</sup>.

Sul punto la Corte ebbe a ritenere che nell'ordinamento non sia dato rinvenire un obbligo di protezione di tale latitudine. Tuttavia, subito dopo, il Collegio si affrettò a precisare che da ciò non può “dedursi il principio che il Capo dell'Amministrazione non sia destinatario di alcun obbligo di protezione o di controllo in relazione proprio all'assetto del territorio comunale, nell'ambito dei

---

<sup>220</sup> Va tuttavia evidenziato come, almeno nei premi passaggi della pronuncia, la Corte sembri riferirsi più ad un obbligo di protezione dell'incolumità di tutti i cittadini (ritenuto insussistente) che non ad un obbligo di controllo della fonte di pericolo costituito dalla conformazione dei luoghi (poi ammesso seppur limitatamente alle ipotesi di pericolo occulto).

<sup>221</sup> Cfr. nota precedente.

suoi poteri organizzativi e di disposizione, e che non vi siano specifiche fonti normative che lo rendano, in taluni casi, destinatario dell'obbligo di impedire eventi dannosi rispetto a determinate fonti di pericolo derivanti proprio dalla conformazione o dalle modificazioni del territorio. Ed, infatti, quanto alle strade ed alle pertinenze di esse destinate al transito ed alla sosta dei veicoli e pedoni è previsto dalla legge (art. 28 L. 20.3.1865 n. 2248) a carico dell'Ente proprietario l'obbligo della manutenzione, rientrando, perciò, nelle funzioni della P.A. che vi provvede secondo il suo insindacabile apprezzamento e nell'interesse generale, compatibilmente con le disponibilità finanziarie e con l'unico obbligo di garantire la sicurezza dei cittadini in ossequio al principio fondamentale del «*neminem laedere*» che si pone come limite generale esterno alla discrezionalità amministrativa e che non esime la P.A. dall'obbligo di protezione ogni volta che il territorio comunale destinato al transito ed alla sosta dei veicoli e pedoni (secondo il concetto lato accolto dall'art. 1 del C.d.S) presenti una insidia o un trabocchetto che sia pericolosa per l'incolumità degli utenti i quali facciano ragionevole affidamento sulla sua regolarità. Occorre, quindi, che si ravvisi una situazione obiettiva (ex re) potenzialmente lesiva cui si aggiunga l'elemento subiettivo della imprevedibilità e, cioè, della impossibilità di evitarla con l'uso della normale diligenza. In tali casi il Sindaco è tenuto a porre rimedio alla situazione di pericolo eliminandone la fonte od anche apprestando adeguate protezioni, ripari, cautele ed opportune segnalazioni fino ad interdire l'uso della strada o di altro spazio con l'esercizio dei poteri ordinatori in via contingibile ed urgente<sup>222</sup>.

La citata pronuncia fa di fatto proprio l'orientamento della giurisprudenza civile quanto all'estensione degli obblighi gravanti sull'ente proprietario della strada: la nozione di insidia o trabocchetto viene in questo senso a costituire un limite all'obbligo penalistico di garanzia ex art. 40, comma 2, c.p., tanto quanto

---

<sup>222</sup> La Corte giustifica poi la posizione assunta richiamandosi apertamente alla giurisprudenza civile: "Non va sottaciuto che nella fattispecie in esame l'eventuale esercizio di una azione civile per danni da parte degli eredi del defunto li avrebbe esposti ad una sicura soccombenza sulla base dei principi elaborati dalla giurisprudenza in materia (cfr. per tutte e di recente: Cass. Civ. Sez. III, 17.1.1996, Audio Light System c. Provincia di Varese; Cass. Civ. III, 11.8.1995 n. 8823, Arfelli c. Comune di Ravenna). Sarebbe, quindi, del tutto assurdo se in un caso di irresponsabilità dell'Amministrazione per i danni, per mancanza di una specifica norma istitutiva dell'obbligo inadempito, dovesse ravvisarsi per l'organo esponenziale della stessa Amministrazione una responsabilità penale, che nell'ordinamento (anche costituzionale) è presentata da maggiori garanzie di tipicità, determinatezza e «suitas» della condotta".

costituisce un limite ai doveri di manutenzione sottesi alla responsabilità risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c.

#### 4.4. *L'insidia stradale ed il nesso di causa.*

L'orientamento secondo cui l'imprevedibilità e la non visibilità della fonte di pericolo per la circolazione stradale sarebbero un prerequisito affinché si possa affermare la sussistenza di un obbligo di protezione in capo alla pubblica amministrazione è stato ripreso anche da Cassazione Penale, Sez. IV, 29 luglio 2004, n. 32970<sup>223</sup> che tuttavia apre poi ad un diverso inquadramento della questione, riconoscendo a suddetti aspetti la capacità di incidere non tanto (o non solo) sull'obbligo di garanzia, ma piuttosto sul nesso di causa. La prevedibilità e visibilità del pericolo sposterebbero l'imputazione causale dell'evento dal difetto di manutenzione alla condotta della vittima.

Nel dettaglio, la citata pronuncia si è occupata della vicenda di un bambino di sette anni deceduto a causa delle lesioni riportate a seguito della caduta da una scarpata che delimitava, senza alcuna protezioni, la strada dallo stesso percorsa. In tale contesto, la Corte di Cassazione, con riferimento alle posizioni del sindaco e del responsabile dell'ufficio tecnico, ebbe innanzitutto a ribadire che “l'obbligo per il proprietario della strada, sia pubblica che privata, quando sul suolo privato si attui un traffico indiscriminato e privo di controllo, sostanzialmente aperto al pubblico, di eliminare la fonte di pericolo ed anche di apprestare adeguate protezioni, ripari, cautele ed opportune segnalazioni sorge nel momento in cui la strada presenti situazioni tali da costituire un'insidia o trabocchetto per gli utenti sicché venga a costituire una fonte di pericolo inevitabile con l'uso della normale diligenza”. Tuttavia, subito dopo, gli stessi giudici danno accesso all'accennato diverso inquadramento dell'insidia stradale in termini di nesso causale: “Tutte le volte in cui, invece, adottando la normale diligenza che si richiede a chi conduce un autoveicolo e più in generale a chi usi una strada pubblica, la situazione di disagiata transito sia conoscibile e superabile, la causazione di un eventuale

---

<sup>223</sup> In *dejure.giuffrè.it*.

infortunio non può che far capo esclusivamente e direttamente a chi non abbia adottato la diligenza imposta (Cass. 7.11.2000 n. 12826; conformi Cass., 18.11.1997 n. 478; Cass. 23.2.1988 n. 2546)<sup>224</sup>.

Secondo la citata pronuncia, dunque, la nozione di insidia stradale funge certamente da limite all'obbligo di garanzia, ma nondimeno anche da ago della bilancia nell'imputazione causale: il verificarsi dell'evento nonostante la visibilità e prevedibilità della situazione di pericolo, determinerebbe, a giudizio del Supremo Collegio, un'imputazione causale ad esclusivo carico della vittima.

Quest'ultimo orientamento è stato ripreso anche da Cass. Pen., Sez. IV, 19 agosto 2005, n. 31302<sup>225</sup>, secondo cui “deve al riguardo rilevarsi che questa Suprema Corte ha più volte ritenuto che l'obbligo di eliminare la fonte di pericolo su una pubblica via o di apprestare adeguate protezioni, ripari, cautele ed opportune segnalazioni, sorge nel momento in cui la strada presenti situazioni tali da costituire un'insidia o un trabocchetto per gli utenti, sicchè venga a costituire una fonte di pericolo inevitabile con l'uso della normale diligenza; qualora, invece, adottando la normale diligenza che si richiede a chi usi una strada pubblica, la situazione di pericolo sia conoscibile e superabile, la causazione di un eventuale infortunio non può che far capo esclusivamente e direttamente a chi non abbia adottato la diligenza imposta (Cass., Sez. 4<sup>a</sup> n. 32970/2004, ric. Santilli, in CED. Rv. 229145; id., Sez. 4<sup>a</sup> n. 12826/2000, ric. Cocci ed altro, in CED, Rv. 217906; id., Sez. 4<sup>a</sup> n. 478/1998, ric. P.M. in proc. Trufini, in CED. Rv. 210635; id., Sez. 4<sup>a</sup> n. 3197/1990, ric. Esposito, in CED, Rv. 183578; id., Sez. 4<sup>a</sup>, n. 2546/1988, rie. Caloni, in CED. Rv. 177692)”.

---

<sup>224</sup> L'arresto prosegue poi richiamando elaborazioni di stampo prettamente civilistico: “Pertanto, in assenza di una norma vincolante per la pubblica amministrazione, l'obbligo di eliminare una fonte di pericolo su una pubblica strada sorge solo nell'ipotesi in cui tale situazione presenti le caratteristiche della «insidia» o del «trabocchetto» per gli utenti, e cioè il pericolo sia inevitabile con l'uso della normale diligenza, mentre, sussistendo la possibilità di avvistamento del pericolo, e quindi della evitabilità, colpevole dell'incidente sarà solo la persona che non avrà adottato le cautele nella guida del veicolo, sia esso autoveicolo o altro, come nella specie, ovvero anche circolando a piedi”.

<sup>225</sup> In *dejure.giuffrè.it*.

4.5. *La nuova giurisprudenza: la responsabilità penale si affranca dal modello elaborato in sede civile.*

La prima pronuncia a rompere con suddetta impostazioni e a porsi davvero il problema della compatibilità della figura civilistica dell'insidia stradale con il modello penalistico di responsabilità risale al 2008<sup>226</sup>. Il nuovo orientamento, a dire il vero ad oggi tutt'altro che consolidato, atteso che fatta eccezione per una pronuncia nel 2011<sup>227</sup> ed in una nel 2012<sup>228</sup>, i giudici di legittimità sono poi tornati a posizionarsi sui vecchi assunti, è stato con ogni probabilità favorito dall'evoluzione registrata nella giurisprudenza civile dopo il 2006<sup>229</sup>.

Il caso portato all'attenzione del Collegio riguardava le lesioni subite da un ciclista, caduto rovinosamente a terra a causa di una buca presente sulla carreggiata, per cui era stata tratta a giudizio la responsabile delle manutenzioni esterne e del servizio di polizia municipale del comune proprietario della strada. La dirigente era stata assolta dal giudice di merito il quale aveva osservato “che non poteva essere affermata la responsabilità penale della prevenuta, posto che la pubblica amministrazione è tenuta a garantire che il bene demaniale non presenti pericoli occulti, non visibili né prevedibili, laddove nella fattispecie la strada percorsa dalla parte offesa era ad alta densità di circolazione e i solchi e gli avallamenti presenti nell'asfalto erano ben visibili all'utente”<sup>230</sup>.

La pronuncia assolutoria era stata però impugnata dal procuratore della Repubblica secondo cui “in materia di responsabilità colposa, nessuna norma giuridica limiti la responsabilità di appartenenti alla pubblica amministrazione ai soli «pericolo occulti». Nella fattispecie l'imputata, in quanto responsabile del servizio manutenzione e sorveglianza delle strade del Comune di Cosio Valtellino, avrebbe dovuto adottare tutti i provvedimenti atti ad evitare che i beni posti sotto la sua tutela potessero presentare pericoli di qualsiasi genere per gli utenti”.

---

<sup>226</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 1 aprile 2008, n. 21040, in *dejure.giuffrè.it.*

<sup>227</sup> Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. IV, 19 dicembre 2011, n. 46831, in *dejure.giuffrè.it.*

<sup>228</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 8 marzo 2012, n. 9175, in *dejure.giuffrè.it.*

<sup>229</sup> Si veda *supra* p. 121 ss.

<sup>230</sup> Il giudice di merito riprende in sostanza l'orientamento secondo il quale la nozione di insidia funge da limite all'obbligo di garanzia gravante sull'amministrazione proprietaria della strada. A tal proposito si veda *supra* p. 127 ss.

Nella circostanza, i giudici di legittimità ebbero ad accogliere il ricorso dell'accusa con argomentazioni che per la loro portata innovativa meritano senza dubbio di essere ampiamente riferite.

Innanzitutto, il Collegio osserva che “La sentenza impugnata muove dall’idea di fondo che, negli incidenti determinati da cattiva manutenzione della sede viaria, il limite di responsabilità della pubblica amministrazione, e quindi dei soggetti preposti agli organi titolari delle relative attribuzioni, sia costituito dalla visibilità e connessa prevedibilità del pericolo, di modo che solo ove questo sia occulto – si presenti cioè con i connotati propri dell’insidia o trabocchetto – l’ente proprietario della strada, e individualmente il soggetto incaricato delle relative funzioni, potrebbe essere chiamato a risponderne”. Ma i giudici di legittimità chiosano: “Siffatto argomentare è in linea con quella giurisprudenza civilistica, per certi aspetti in via di superamento, per quanto di qui a poco si dirà, che, circoscritto l’ambito di operatività della presunzione di colpa di cui all’art. 2051 c.c., in materia di danni subiti dagli utenti di beni pubblici a quelli la cui conformazione sia tale da consentire in concreto l’esercizio della vigilanza idonea a impedire l’insorgere di cause di pericolo (confr. Cass. civ. sez. 3, 6 luglio 2006, n. 15383), ha elaborato la nozione di insidia o trabocchetto, elevandola a elemento costitutivo della pretesa risarcitoria azionabile ex art. 2043 c.c., della cui prova, in applicazione delle regole generali in materia di responsabilità extracontrattuale, è onerato il danneggiato (confr. Cass. civ. 4 giugno 2004, n. 10654; 30 luglio 2002, n. 11250). In tale contesto la percepibilità del fattore di pericolo, che, secondo la prospettiva enunciata, esclude la ricorrenza di quella «figura sintomatica di colpa» costituita dall’«insidia stradale» (confr. Corte costituzionale, sentenza n. 156 del 1999, sostanzialmente allineata sulle posizioni della giurisprudenza di legittimità all’epoca prevalente), funzionerebbe sul versante penale, quale causa di esclusione della volontà colpevole, se non dello stesso nesso causale tra condotta dell’agente ed evento, e cioè, specularmente, come figura sintomatica di fortuito. Questa impostazione, che i più recenti arresti della giurisprudenza civilistica mostrano di voler sgretolare, relegando le nozioni di insidia o trabocchetto tra i privilegi ingiustificati a favore della pubblica amministrazione e conseguentemente recuperando la tutela aquiliana per danni conseguenti a omessa

o insufficiente manutenzione delle strade pubbliche ai criteri di applicazione valevoli per tutti i consociati (confr. Cass. civ. 20 febbraio 2006, n. 3651; Cass. civ. 19 luglio 2005, n. 15224), ancor meno resiste alla verifica di compatibilità con i principi che governano la responsabilità penale: il che spiega perché essa non abbia attecchito troppo, o non abbia attecchito affatto, nella contigua giurisprudenza penalistica (confr. Cass. pen., sez. 4, 4 giugno 2004, v. 36760; Cass. pen., 4, 30 settembre 2003, n. 46011). Non può invero sfuggire che la nozione di colpa penalmente rilevante, e segnatamente di quella cd. generica, derivante da inosservanza di regole di comune buon senso, ruota intorno ai criteri della prevedibilità e della evitabilità: perché di imprudenza e negligenza è evidentemente possibile parlare solo allorché era prevedibile che dall'azione (o dall'omissione) sarebbe derivato l'evento nocivo, e solo allorché questo era in concreto prevenibile”.

Per il Supremo Collegio quanto sopra “significa che la visibilità del dissesto stradale può escludere la responsabilità dell'addetto alla manutenzione dell'ente proprietario per mancata adozione delle misure atte a eliminare il fattore di pericolo, solo ove si configuri la condotta dell'utente che, non avendo intercettato l'ostacolo, abbia riportato danni, come evento abnorme ed eccezionale, idoneo a escludere il nesso causale tra omissione ed evento, ovvero come fatto imprevedibile e inevitabile, non neutralizzabile attraverso l'osservanza delle regole di comune prudenza. In entrambi i casi l'insussistenza di un'insidia non è elemento dal quale discenda tout court l'esonero da responsabilità penale dell'addetto all'ufficio tecnico incaricato della manutenzione, questo dipende piuttosto dalla possibilità di rapportare l'evento lesivo al caso fortuito, quale che sia l'inquadramento dogmatico al quale si aderisca, e cioè, sia che lo si intenda quale fattore di esclusione della volontà colpevole, come sembra preferibile in adesione all'indirizzo generalmente seguito da questa Corte (Cass. Sez. Un. 14 giugno 1980, n. 2093; sez. 4, 17 ottobre 2007, Bertolotto); sia che lo si ricostruisca come causa di esclusione del nesso eziologico<sup>231</sup>. Va poi da sé che la visibilità della situazione di pericolo può essere alla base del riconoscimento del

---

<sup>231</sup> Per una disamina dell'inquadramento dogmatico del caso fortuito vedasi *supra* p. 111 ss.

concorso di colpa della vittima e giocare un ruolo decisivo nella quantificazione della misura delle rispettive responsabilità dell'imputato e della parte offesa”.

Nella pronuncia appena riferita, la corte non accenna neppure alla possibilità che la nozione di insidia stradale possa venire a costituire un limite dell'obbligo giuridico di garanzia gravante sul proprietario della strada. Riferendosi invece all'inquadramento in ambito civilistica operato dalla corte costituzionale nella pronuncia del 10 maggio 1999, n. 156, in cui l'insidia era stata ritenuta una figura sintomatica della colpa, i giudici di legittimità osservano che sul versante penale la percepibilità del fattore di pericolo da parte dell'utente (e quindi l'assenza dell'insidia) potrebbe al più fungere da figura sintomatica di un'ipotesi di caso fortuito capace, in relazione alle diverse qualificazioni già riferite, di escludere il nesso di causa per l'atipicità ed eccezionalità del decorso causale, ovvero di far venir meno la colpevolezza del soggetto agente poiché il fatto reato sarebbe venuto in essere per ragioni imponderabili e non prevedibili. Ma in realtà, stigmatizza la Corte, l'insussistenza dell'insidia (e dunque la visibilità e/o la prevedibilità del difetto di manutenzione) non integra *d'emblée* la figura del caso fortuito<sup>232</sup> e quindi ciò non può condurre sempre e comunque ad una automatica esclusione della responsabilità dell'ente proprietario della strada. Occorre piuttosto accertare nel caso concreto, di volta in volta, se la condotta della vittima che ha subito danni nonostante la visibilità del dissesto stradale configuri un evento abnorme ed eccezionale, idoneo a escludere il nesso causale tra omissione ed evento, ovvero un fatto imprevedibile e inevitabile, non neutralizzabile attraverso l'osservanza delle regole di comune prudenza. Ecco dunque che la nozione di insidia stradale si traduce, in definitiva e per quanto qui interessa nell'ambito penalistico, nella valutazione della condotta della vittima del reato.

Per una seconda pronuncia che metta espressamente in discussione la nozione civilistica di insidia stradale, quale insindacabile confine tra responsabilità e non responsabilità, occorre attendere il 2011<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> Come, invero, la nuova giurisprudenza civilistica ritiene che non integri neppure sempre e comunque un esonero di colpa a favore della pubblica amministrazione.

<sup>233</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 19 dicembre 2011, n. 46831, in *dejure.giuffrè.it*.

Questa volta il caso di cui si è dovuta occupare la Corte è suggestivamente simile ad un altro in cui la nozione di insidia era stata decisiva per mandare esenti gli imputati. In Cass. Pen., Sez. IV, 29 luglio 2004, n. 32970<sup>234</sup>, infatti, con riferimento alla morte di un bambino deceduto a causa delle lesioni riportate a seguito della caduta da una scarpata che delimitava, senza alcuna protezione, la strada dallo stesso percorsa in sella alla sua bicicletta, i giudici di legittimità avevano escluso la responsabilità del sindaco e del responsabile dell'ufficio tecnico comunale proprio perché, a loro parere, la scarpata non costituiva insidia poiché perfettamente visibile. Ora, a distanza di alcuni anni, nell'arresto del 2011, la Corte è similmente chiamata a valutare il giudizio di condanna espresso in primo e secondo grado a carico dei soci di una cooperativa edilizia proprietaria di una strada all'interno di un complesso residenziale per la morte di un bambino che con la sua bicicletta era finito fuori strada precipitando in una scarpata per l'assenza di protezioni lungo il margine della carreggiata. Ebbene, in questo secondo caso il Collegio giunge a conclusioni opposte rispetto alla decisione del 2004, confermando il giudizio di responsabilità in capo ai gestori della strada.

Nel giudizio d'appello del caso in questione i giudici di merito avevano avuto modo di affermare che per esonerare gli imputati da ogni responsabilità non bastava, come pretendevano le difese, la prevedibilità e visibilità del difetto di manutenzione (ossia l'insussistenza dell'insidia), ma occorreva il ricorrere del fortuito ancorché talvolta rinvenibile nella condotta stessa della vittima laddove del tutto abnorme ed eccezionale. Più precisamente i giudici di merito affermavano che “per escludere la responsabilità degli imputati, alla stregua dei principi enunciati dalla più recente giurisprudenza di legittimità, avrebbe dovuto configurarsi non già la semplice inesistenza di insidie o trabocchetti per chi percorreva la strada, ma invece il verificarsi di un evento abnorme ed eccezionale e come tale in alcun modo prevedibile: al riguardo, però gli appellanti si erano limitati ad accennare a una condotta spericolata del minore, accompagnata dall'omissione degli obblighi di vigilanza sullo stesso”.

In sede di legittimità, il Collegio non dubita affatto che l'obbligo di garanzia in capo ai proprietari della strada prescinda dalla natura insidiosa o meno

---

<sup>234</sup> Si veda *supra* p. 130 ss.

della situazione di pericolo. Per i giudici, la visibilità e prevedibilità della situazione di pericolo da parte dell'utente della strada non fa venire meno *sic et simpliciter* la responsabilità dell'ente proprietario. Parimenti, ma per altro verso, per i giudicanti la circostanza che il sinistro sia avvenuto nonostante la visibilità del pericolo non significa neppure che la condotta della vittima sia stata abnorme e va dunque respinto ogni tentativo di addebitarle per questa via la responsabilità dell'accaduto<sup>235</sup>. Con questa pronuncia sembra dunque che la nozione civilistica di insidia stradale, già in profonda crisi nel suo terreno elettivo, non abbia più diritto d'asilo nemmeno in ambito penalistico.

Recentemente la Suprema Corte di Cassazione ha avuto modo di tornare nuovamente sul tema<sup>236</sup> prendendo ancora una volta le distanze dal passato e dall'elaborazione stessa della nozione di insidia o trabocchetto. Nel caso in questione il giudizio concerneva la responsabilità omissiva colposa di un dirigente dell'amministrazione provinciale, al quale era addebitata l'omessa verifica e pulizia dei fossi adiacenti alla carreggiata con conseguente accumulo di acqua piovana sulla strada e sbandamento dell'auto condotta dalla vittima che invadendo la corsia di marcia opposta andava a collidere contro un furgone blindato proveniente in senso inverso.

Nella pronuncia la Corte ribadisce la validità dell'orientamento inaugurato nel 2008 secondo cui “Nel caso in cui un incidente stradale sia stato causato dalla insufficiente od omessa manutenzione della sede viaria da parte dell'ente pubblico a ciò preposto, il soggetto incaricato del relativo servizio risponde penalmente delle lesioni colpose conseguite al sinistro secondo gli ordinari criteri di

---

<sup>235</sup> La difesa degli imputati aveva invece sostenuto che in forza della “possibilità di avvistamento del pericolo, e quindi la possibilità della sua evitabilità, dovrebbe trovare applicazione nel caso in esame il principio generale secondo cui in presenza di siffatte condizioni dovrebbe ritenersi colpevole dell'incidente solo la persona che non abbia adottato le cautele nella guida del veicolo, sia esso autoveicolo o altro, ovvero anche circolando a piedi”. Per contro, la Corte richiama il principio già enunciato in Cass. Pen., Sez. IV, 1 aprile 2008, n. 21040: “Né coglie nel segno la difesa dei ricorrenti laddove evoca la necessità del pericolo occulto (insidia o trabocchetto) per la configurabilità della responsabilità, nel caso di incidente, per il soggetto gravato dell'obbligo di manutenzione della strada stessa, con conseguente esclusione di responsabilità ove vi sia visibilità della fonte di pericolo; in materia, questa Corte ha già avuto modo di precisare, condivisibilmente, che «nel caso in cui un incidente stradale sia stato causato dalla insufficiente od omessa manutenzione della sede viaria da parte dell'ente pubblico a ciò preposto, il soggetto incaricato del relativo servizio risponde penalmente delle lesioni colpose conseguite al sinistro secondo gli ordinari criteri di imputazione della colpa e non solo quando il pericolo determinato dal difetto di manutenzione risulti occulto, configurandosi come insidia o trabocchetto»”.

<sup>236</sup> Cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 8 marzo 2012, n. 9175, in *dejure.giuffrè.it*.

imputazione della colpa e non solo quando il pericolo determinato dal difetto di manutenzione risulti occulto, configurandosi come insidia o trabocchetto”. Per il collegio, infatti, “la responsabilità dell’addetto alla manutenzione può essere esclusa solamente quando la condotta dell’utente della strada si configuri come evento eccezionale e abnorme, non altrimenti prevedibile né evitabile”.

La nuova giurisprudenza penalistica in tema di insidia e trabocchetto sembra dunque andare verso un certo consolidamento con effetti di non poco conto. Escludendo che la responsabilità per omesso impedimento dell’evento possa essere limitata alle sole ipotesi di non visibilità e non prevedibilità del pericolo, la giurisprudenza onera l’ente proprietario di un obbligo di vigilanza ed intervento particolarmente pregnante. L’ente è infatti tenuto a mantenere l’infrastruttura in perfetta efficienza eliminando ogni fonte di pericolo ancorché evidente e segnalata. L’attenzione pretesa dall’ordinamento è massima. L’ente proprietario della strada non può fare affidamento sulla diligenza della vittima per escludere o limitare il proprio dovere d’intervento, atteso che, anche se connotata da negligenza, la condotta della persona offesa assai raramente<sup>237</sup> potrà giungere ad escludere in radice la responsabilità del proprietario, configurandosi, al più, un concorso di responsabilità. In questo modo, la giurisprudenza valorizza il carattere preventivo del diritto penale anche se al prezzo di punire profili di colpa assai contenuti. Va peraltro osservato che la posizione del custode del territorio è oltremodo aggravata dal fatto che l’obbligo di garanzia ad esso ricondotto non è limitato ai pericoli scaturenti da difetti manutentivi o comunque legati a mancati interventi di ripristino, bensì esteso alle caratteristiche proprie del bene ancorché presenti ed immutate da tempo immemorabile<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> Ossia solamente se di natura eccezionale o abnorme o del tutto imprevedibile. Cfr. in questo senso, Cass. Pen. Sez. IV, n. 13775, in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>238</sup> Cfr., in questo senso, Cass. Pen., Sez. IV, 19 dicembre 2011 n. 46831, ma anche Cass. Pen., Sez. IV, 7 maggio 2010, n. 17601, entrambe in *dejure.giuffrè.it*.

## CAPITOLO VI

### I SOGGETTI

SOMMARIO: 1. Organizzazioni plurisoggettive. — 2. Figure apicali e posizioni di garanzia. — 3. Qualifiche formali e mansioni effettive. — 4. Garanti e sub-garanti. — 5. La delega di funzioni. — 6. La delega di funzioni negli enti pubblici. — 7. L'ente proprietario della strada. — 8. Competenze e responsabilità nell'ente locale. — 9. La posizione del sindaco nella giurisprudenza. — 10. Il dirigente dell'ufficio tecnico comunale. — 11. Altri soggetti responsabili: l'appalto.

#### *1. Organizzazioni plurisoggettive.*

Oltre alle complessità fin qui illustrate, proprie invero di tutti i reati di natura omissiva colposa, per l'omicidio e le lesioni da insidia stradale si pone l'ulteriore problema dell'individuazione del soggetto persona fisica a cui imputare la responsabilità penale del fatto.

Fino ad ora, l'obbligo di garanzia sotteso alle figure di reato in esame è sempre stato genericamente riferito all'ente proprietario dell'infrastruttura. Occorre adesso precisare quali siano le persone fisiche che all'interno dell'ente sono esposte, in termini di responsabilità personale, alla minaccia di sanzioni penali nelle ipotesi in cui un utente della strada deceda o rimanga ferito a causa di un'insidia stradale; ossia a quali soggetti, competendo garantire l'efficienza, la manutenzione e la sicurezza della rete viaria, è imputabile la relativa omissione causativa dell'evento.

Il problema, che in generale affligge tutto il diritto penale dell'impresa, trova origine, per un verso, nell'esigenza, espressa dal principio di personalità della responsabilità penale – così come comunemente inteso – che il destinatario della norma penale sia in ogni caso una persona fisica e, per altro verso, nella natura plurisoggettiva dell'ente pubblico (o talvolta privato in caso di concessionari) proprietario della strada.

Come noto il diritto penale rifiuta la configurazione di una responsabilità penale diretta delle persone giuridiche<sup>239</sup>. Corre dunque l'obbligo di individuare, all'interno di strutture complesse come, per l'appunto, i comuni o le province, piuttosto che ANAS S.p.A. o le società concessionarie di tratti autostradali, la persona o le persone fisiche alle quali imputare un'eventuale responsabilità penale. L'operazione è peraltro resa più difficoltosa dalla natura omissiva degli illeciti in esame e dunque dall'assenza di un riferimento naturalistico in termini di azione causativa ad un qualche soggetto dell'organizzazione. In altri termini, la mancanza di una condotta attiva, e, conseguentemente, di un nesso causale naturalistico tra questa e l'evento, non consente un'attribuzione oggettiva a ritroso dell'evento in capo ad un determinato soggetto agente. Non va infatti dimenticato che nei reati omissivi l'evento è invero legato a processi causali estranei alla condotta omissiva incriminata<sup>240</sup>. Non va poi sottaciuto che quantunque sia in prima battuta rinvenibile una responsabilità penale per una condotta attiva di un soggetto dell'organizzazione, come, ad esempio, nel caso dell'operaio comunale che intervenendo negligenemente nella sistemazione di una buca determini una situazione di pericolo con successiva caduta di un ciclista, permarrà, in ogni caso,

---

<sup>239</sup> Il principio secondo cui solo nei confronti di una persona fisica si può prospettare una responsabilità di natura penale è, come noto, da sempre sintetizzato nel brocardo latino *societas delinquere non potest*. La questione si lega ad una visione antropomorfa del diritto penale che vede l'uomo unico destinatario di concetti quali colpevolezza, azione, pena, ecc. Dal punto di vista del diritto positivo, la dottrina rinviene un espresso riconoscimento dell'impossibilità di addebitare responsabilità penali direttamente alla persona giuridica nel principio di personalità di cui all'art. 27 Cost. Tale disposizione costituzionale consacrerebbe infatti, attraverso il richiamo al fine rieducativo della pena e con esso al preteso collegamento psichico tra soggetto e fatto reato, l'impossibilità di ipotizzare una responsabilità penale in capo ad una persona giuridica quale l'ente proprietario della strada. Neppure la disciplina della responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, introdotta per superare lo sbarramento rappresentato dall'irresponsabilità penale delle persone giuridiche, può trovare applicazione in relazione alle fattispecie oggetto dello studio. Ai sensi dell'art. 1, comma 3, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, infatti, siffatta normativa non si applica allo Stato, agli enti pubblici territoriali e gli altri enti pubblici non economici. La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato non è dunque neppure applicabile agli enti locali (enti territoriali) proprietari delle strade. Tale speciale forma di responsabilità non è nemmeno riferibile ad ANAS S.p.A., alle società concessionarie o a quelle appaltatrici di lavori stradali, poiché, sebbene soggettivamente rientranti nel raggio di azione della citata normativa, in ogni caso, i reati di omicidio e di lesioni da insidia stradale non sono inclusi tra le ipotesi illecite per le quali quest'ultima ammette una responsabilità amministrativa della persona giuridica.

<sup>240</sup> Sul punto si veda *supra* p. 58 ss.

benché in un contesto dogmatico diverso<sup>241</sup>, l'esigenza e la difficoltà di indagare ed individuare eventuali ulteriori responsabilità omissive in capo a soggetti ad esso in qualche misura sovraordinati e per questo tenuti alla sua direzione e vigilanza.

Nella pretesa operazione di personalizzazione della responsabilità penale, la disciplina extrapenale su cui si fonda la posizione di garanzia non è di alcun aiuto, poiché, come accennato, rivolta all'ente nel suo complesso<sup>242</sup>, senza alcuna indicazione in merito alle persone fisiche alle quali imputare eventuali omissioni. Occorre pertanto riferirsi alla disciplina propria dell'ente, in modo che indagandone l'organizzazione, la struttura e la ripartizione di compiti e funzioni si possa giungere alla determinazione delle qualifiche soggettive a cui, ancora in astratto, addebitare inadempimenti e responsabilità.

A ben vedere, tutto ciò non è peraltro ancora sufficiente. Nel caso concreto si porranno infatti ulteriori problematiche legate alla necessità di rimanere fedeli ai principi regolatori della responsabilità penale anche prescindendo dalla formale struttura organizzativa. In questo senso, è necessario soffermarsi: *a)* sulla rilevanza di situazioni fattuali parzialmente o totalmente divergenti rispetto alle qualifiche soggettive formalmente attribuite; *b)* sull'eventuale estensione della responsabilità penale anche in capo ad altri soggetti non direttamente individuati dalla normativa di riferimento; *c)* sull'effetto sostitutivo o meramente aggiuntivo di tale coinvolgimento in relazione al garante originario; *d)* sulla cosiddetta delega di funzioni.

---

<sup>241</sup> In questi casi si esce dallo schema dell'obbligo di controllo *ex art. 40*, comma 2, c.p., vertendosi piuttosto in ipotesi di concorso omissivo nel reato non impedito in forza dunque della disciplina del concorso di persone nel reato *ex art. 113* c.p.

<sup>242</sup> Si pensi al fondamentale disposto di cui all'art. 14 c.d.s. il quale riferisce gli obblighi di manutenzione e controllo dell'efficienza delle strade, finalizzati alla sicurezza e fluidità della circolazione agli "enti proprietari delle strade". Più sensibile al problema, in un contesto diverso ed estraneo alla presente ricerca, appare invece il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro il quale si spinge ad individuare e definire le persone fisiche che all'interno dell'organizzazione sono gravate da specifici compiti e responsabilità.

2. *Figure apicali e posizioni di garanzia.*

In termini generali, avuto riguardo agli enti e alle organizzazioni complesse, si può affermare che le posizioni di garanzia gravano sui cosiddetti soggetti apicali, ossia sui vertici; a patto che quest'ultimi siano anche concretamente muniti dei poteri necessari a fronteggiare gli adempimenti nei quali si traduce di fatto la garanzia dovuta<sup>243</sup>. La disponibilità del potere d'intervenire efficacemente per contrastare la situazione di pericolo è infatti la condizione minima per potersi muovere un rimprovero omissivo nei confronti del soggetto apicale<sup>244</sup>.

La dottrina più attenta<sup>245</sup> ha rilevato come talune questioni di legittimità costituzionale in passato sollevate con riferimento al principio di personalità in relazione all'imputazione di taluni reati a suddetti soggetti apicali (e respinte dalla Corte costituzionale<sup>246</sup>), nascondevano invero una comprensibile preoccupazione quanto alla reale sussistenza delle condizioni in concreto necessarie per una vera applicazione del principio di colpevolezza. Nelle organizzazioni complesse, la situazione dei soggetti apicali rispetto all'ipotizzabile omissione causatrice dell'evento è infatti caratterizzata da una certa lontananza del soggetto in questione dai luoghi in cui si deve attuare la garanzia, ma anche da una considerevole ampiezza del suo campo d'intervento e da una significativa spersonalizzazione dei rapporti all'interno della struttura complessa, nonché, infine, da numerose incertezze normative in merito ai comportamenti dovuti ed

---

<sup>243</sup> In questo senso cfr. D. PULITANÒ, *L'articolazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 7. L'Autore sottolinea la rilevanza ai fini dell'attribuzione della posizione di garanzia, dei poteri di decisione e gestione operativa relativi all'evento da impedire e per contro l'irrelevanza della formale rappresentanza dell'ente disgiunta da tali poteri: "Con riguardo ad attività di organizzazioni complesse, l'appuntarsi (non esclusivo, ma mai mancante) delle posizioni di garanzia sul «vertice» dell'organizzazione trae fondamento e limiti nel criterio di corrispondenza fra poteri e doveri".

<sup>244</sup> D'altro canto, già a monte, la norma extrapenale che configura l'obbligo di garanzia in capo all'ente peccherebbe di irragionevolezza se non attribuisse, direttamente o indirettamente, all'ente stesso i poteri per adempiere a tale obbligo. Va anzi osservato che spesso l'obbligo di garanzia si ricava a ritroso dal fatto che all'ente siano attribuiti determinati poteri di intervento a salvaguardia di taluni beni.

<sup>245</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *L'articolazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 9.

<sup>246</sup> Sul punto vanno richiamate: Corte Cost., 18 novembre 1982, n. 198, in materia di responsabilità del direttore di periodico, in *Foro it.* 1983, I, p. 570, con nota di G. FIANDACA; Corte Cost., 12 luglio 1976, n. 173, in materia di omesso versamento di contributi previdenziali, in *Giust. pen.* 1976, I, p. 297 con nota di I. CARACCIOLI; Corte Cost., 6 luglio 1959, n. 39, in materia di lavoro nell'edilizia, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1959, p. 915 ss.

esigibili dal garante stesso<sup>247</sup>. Sono tutti aspetti che fanno giustificatamente guardare con sospetto l'imputazione di responsabilità penali per la morte o le lesioni dell'utente della strada a causa di un'insidia stradale che a bene vedere non spettava certo al dirigente andare materialmente ad eliminare. Il soggetto apicale, titolare della posizione di garanzia, sarà invero il più lontano dai luoghi in cui la garanzia deve materialmente tradursi in sicurezza. Egli svolgerà infatti il suo lavoro prioritariamente all'interno degli uffici dell'ente e non di certo sulla strada dove invece l'incolumità degli utenti è messa a rischio e la garanzia deve essere concretamente prestata. Ciononostante egli è il primo titolare dei poteri di organizzazione, di direzione e di spesa e per questo potrà essere chiamato a rispondere della morte o delle lesioni patite dall'utente della strada laddove il pericolo tradottosi nell'evento è dipeso (anche) dalla sua inerzia o negligenza. Ciò, ovviamente, in presenza di tutti gli elementi necessari per l'imputazione di una responsabilità omissiva colposa in base alle regole generali.

L'attribuzione della posizione di garanzia al vertice dell'organizzazione è tuttavia solamente tendenziale e di prima approssimazione. Va infatti verificato, caso per caso, che il soggetto apicale disponesse effettivamente e concretamente del potere non solo giuridico, ma anche materiale di impedire la lesione del bene. Addebitare una responsabilità penale per non avere impedito un evento che si traduca in illecito, anche laddove il soggetto apicale fosse, in realtà, sfornito di un potere idoneo ad impedirlo, significherebbe infatti svuotare di significato il principio di cui all'articolo 27, comma 1, della Carta costituzione.

In questo senso, la giurisprudenza è ferma nel sottolineare che l'operatività dell'obbligo di garanzia, quale che sia la sua fonte, pretende la concreta assunzione da parte del garante dei poteri-doveri impeditivi non solo giuridici, ma anche fattuali dell'evento dannoso o pericoloso poi verificatosi<sup>248</sup> e che tali poteri-doveri facciano capo al potenziale garante già prima del verificarsi della situazione di pericolo che li attualizza<sup>249</sup>. Non ultimo occorrerà sempre e

---

<sup>247</sup> In questo senso, D. PULITANÒ, *L'articolazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 9.

<sup>248</sup> In questo senso, Cass. Pen., Sez. IV, 8 febbraio 2008, n. 6267 in *dejure.giuffrè.it*. Negli stessi termini confronta anche Cass. Pen., Sez. IV, 4 luglio 2007, n. 25567 e Cass. Pen., Sez. IV, 13 giugno 2007, n. 34115, anch'esse in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>249</sup> Cfr. C. A. ZAINA, *Responsabilità penale per incidente stradale determinato da buche sulla strada*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=40773>.

comunque una verifica della reale responsabilità penale dell'obbligato nel caso concreto, vagliando la sussistenza del nesso causale tra omissione ed evento, nonché l'imputabilità colposa del fatto.

Nell'ambito delle strutture plurisoggettive, siano esse le strutture tecniche proprie dell'ente proprietario della strada o quelle dell'impresa affidataria dell'intervento stradale, non è raro che coesistono più posizioni di garanzia in base ai livelli e agli incarichi in cui si articola l'organizzazione. A tal proposito, la Corte di Cassazione<sup>250</sup> ha avuto modo di affermare che "E' vero, infatti, che l'esistenza, in un cantiere, del capo cantiere, non esclude la possibile responsabilità configurabile a carico di altri soggetti, quali il direttore tecnico o, salendo nella scala delle responsabilità, del legale rappresentante della società". Sorge dunque la difficoltà di valutare le diverse posizioni e selezionare, se dal caso, i soggetti responsabili. Tuttavia la difficoltà è invero solo apparente, poiché i criteri a cui fare ricorso sono quelli sopra riferiti, ossia, ferma la sussistenza dell'obbligo di garanzia, il ricorrere del nesso di causa tra la condotta omissiva ed evento e la possibilità di rinvenire un concreto profilo di colpa.

Siffatte valutazioni tendono invero a sfumare con l'allontanarsi dalla concretezza dell'evento, con il rischio di addebitare mere responsabilità di posizione in capo ai vertici della struttura. Interessante in proposito è il caso su cui si è intrattenuta Cass. Pen., Sez. IV, 9 dicembre 2008, n. 4119<sup>251</sup>, relativo all'impugnazione da parte dei direttori di cantiere e degli amministratori delegati di due imprese impegnate in un cantiere stradale in cui, a causa della prematura rimozione delle transenne di delimitazione ad opera dei rispettivi capocantieri, si verificava un incidente con esiti mortali. La Corte d'Appello, cadendo nel facile errore di rinvenire responsabilità meramente formali in capo ai superiori, aveva riconosciuto responsabili dell'accaduto, oltre ai due capocantieri, anche i direttori tecnici e gli amministratori delegati delle due aziende sulla scorta di un asserito difetto di coordinamento. La Corte di Cassazione, sollecitata in tal senso dalle difese dei direttori tecnici e dei vertici aziendali, osserva che la pronuncia di merito non ha invero motivato in merito ai profili di colpa addebitabili ai ricorrenti e non ha parimenti valutato la reale sussistenza di un nesso eziologico,

---

<sup>250</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 9 dicembre 2008, n. 4119, in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>251</sup> In *dejure.giuffrè.it*.

in termini di giudizio controfattuale, tra le omissioni di coordinamento rimproverate e l'evento criminoso. Per i giudici di legittimità, una volta rinvenuta la causa dell'evento nella rimozione delle transenne da parte dei due capocantiere, occorre valutare concretamente in che termini la condotta di quest'ultimi poteva essere stata influenzata, determinata o non impedita da un difetto di coordinamento da parte dei "superiori". Solo in questo senso era ipotizzabile un coinvolgimento dei direttori tecnici e degli amministratori delegati e non in termini di responsabilità di posizione<sup>252</sup>, da cui bisogna sempre rifuggire.

### 3. *Qualifiche formali e mansioni effettive.*

Non sempre colui il quale riveste formalmente la qualifica a cui è ricondotto *ex lege* l'obbligo di impedire l'evento né esercita effettivamente le funzioni. Talvolta si assiste infatti ad una divergenza tra forma e sostanza, ossia i poteri d'intervento fanno capo in realtà ad un soggetto diverso da quello formalmente responsabile. A fronte di tali evenienze, si pongono due ordini di questioni. Innanzitutto occorre interrogarsi sulla configurabilità o meno di una responsabilità penale in capo al soggetto solo formalmente investito della qualifica. Dopodiché, necessita approfondire un eventuale riconoscimento di una posizione di garanzia, alternativa o sostitutiva a quella formale, in capo a colui che di fatto esercita le funzioni astrattamente riconducibili al garante normativamente previsto.

Sul punto non va dimenticato che i reati omissivi frutto della clausola di conversione di cui all'art. 40, comma 2, c.p. – tra cui, per l'appunto, i reati di morte e lesioni da insidia stradale – sono riconducibili allo schema del reato proprio. In questo senso, ne condividono la ratio incriminatrice, ossia la fondamentale rilevanza della qualifica soggettiva dell'agente in relazione

---

<sup>252</sup> In questo senso la Suprema Corte afferma: "Ciò che qui rileva, pertanto, è che la violazione dell'obbligo di coordinamento tra imprese, è stato posto a fondamento del giudizio di responsabilità dei prevenuti in virtù meramente del ruolo formale da ciascuno rivestito all'interno del cantiere, senza alcun riferimento alle mansioni ed alle attività in concreto esercitate o quantomeno che avrebbero dovuto essere esercitate ed illogicamente la responsabilità dell'evento lesivo è stato ricondotto a carenza comportamentali solo enunciate ma non descritte".

all'esposizione a pericolo del bene giuridico protetto. Nei reati propri la qualifica soggettiva sottende infatti uno specifico disvalore della condotta che a sua volta importa una vera e propria modalità di lesione del bene giuridico<sup>253</sup>. In siffatte fattispecie l'addebito di responsabilità è giustificato dalla particolare posizione in cui si trova il soggetto, tale da introdurre una significativa vicinanza con il bene giuridico protetto o con la fonte di pericolo da controllare. Tale vicinanza, riferita nei reati in esame ai pericoli propri dell'infrastruttura stradale, deve tuttavia essere concreta e reale, non semplicemente formale. In caso contrario, l'incriminazione avrebbe fallito, poiché non sarebbe idonea ad introdurre un'effettiva tutela speciale a favore del bene giuridico protetto, comportando invece una mera responsabilità di posizione palesemente contrarie al principio di personalità.

In questo senso, con riferimento all'individuazione del responsabile, si è anche detto che essa si traduce nella ricerca dell'“effettivo titolare del potere il cui uso (o mancato uso) è riconoscibile come la causa dell'offesa arrecata”<sup>254</sup>.

In merito ai criteri per la concreta individuazione del responsabile si fronteggiano due teorie: una teoria formale, più risalente nel tempo ed ancorata alla qualificazione astratta dell'autore del reato, e una teoria funzionale, tesa a valorizzare l'effettivo svolgimento delle funzioni sottese all'incriminazione.

Per la teoria formale, il soggetto penalmente responsabile va ricercato in colui il quale riveste una determinata e ben specifica qualifica formale extrapenale richiamata dalla fattispecie incriminatrice<sup>255</sup>. Questa teoria ha il pregio di preservare la tassatività della fattispecie da indesiderabili derive conseguenti a riferimenti fattuali di incerto confine, ma, per contro, presenta il rischio di introdurre forme di responsabilità di posizione<sup>256</sup> avulse dal reale accadimento dei fatti. Un approccio meramente formale tende ad importare logiche semplificatorie

---

<sup>253</sup> Si veda in argomento E. VENAFFRO, *Reato proprio*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, 1996, p. 337 ss.

<sup>254</sup> A. ALESSANDRI, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, pp. 55 e 56. L'Autore precisa che successivamente occorre verificare “se lo scorretto uso del potere in parola sia, al medesimo soggetto, in concreto rimproverabile (nelle forme del dolo o della colpa)”.

<sup>255</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962, p. 220; D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Giu. Lav.*, 1982, p. 180; T. PADOVANI, *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1979, p. 1170; L. STORTONI, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971, p. 1163.

<sup>256</sup> Cfr. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984.

in materia di prova, favorendo il riconoscimento di responsabilità penali direttamente nei confronti di chi è “formalmente” investito della qualifica richiesta dalla norma incriminatrice senza peraltro indagare sulla vera capacità di azione del soggetto in questione<sup>257</sup>.

La teoria funzionale privilegia invece l’effettivo svolgimento delle funzioni sottese all’obbligo di garanzia. In questo senso si mira a valorizzare le mansioni concretamente svolte<sup>258</sup>. I critici di questa teoria osservano che essa pregiudica la tassatività del reato facendo sì che i suoi contorni diventino incerti e piuttosto vaghi. Si è anche osservato che la teoria funzionale comporterebbe uno scivolamento verso il basso della responsabilità penalmente rilevante<sup>259</sup>, poiché il riferimento allo svolgimento concreto delle funzioni tenderebbe a portare l’attenzione dell’interprete più verso gli esecutori materiali che non verso i titolari dei poteri di organizzazione<sup>260</sup>. Per contro, i sostenitori di quest’ultimo orientamento respingono le critiche circa un *vulnus* al principio di tassatività ed osservano come la teoria funzionale dà “sostanza” al principio di legalità, il quale, se fosse troppo legato alla mera “forma”, non esplicherebbe appieno la sua funzione di baluardo della garanzia penale<sup>261</sup>. Inoltre, la teoria funzionale, meglio si presta alla tutela del bene giuridico poiché considera destinatario della norma il soggetto che è in grado di controllare più da vicino, e con poteri effettivi, la fonte di pericolo<sup>262</sup>.

Sul punto, un’attenta dottrina ha evidenziato che il diritto penale deve “prendere in considerazione l’effettiva realtà delle cose, spogliandosi da ogni atteggiamento formalistico. Ecco perché esso deve tener conto, per ciò che attiene ai soggetti e alle caratteristiche che li contraddistinguono nei reati propri, della

---

<sup>257</sup> Cfr. N. BRAMANTE, *La «personalizzazione» nelle organizzazioni complesse e la difficile individuazione dei soggetti penalmente responsabili. Teorie formale e funzionale a confronto*, in <http://www.diritto.it/pdf/23556.pdf>.

<sup>258</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale dell’impresa*, in *Ind. Pen.*, 1985, p. 17; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit.; G. GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, in *Arch. Pen.*, 1982, p. 744;

<sup>259</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 431 e dottrina ivi richiamata.

<sup>260</sup> Cfr. L. STORTONI, *Profili penali*, cit., p. 1170 ss.; T. PADOVANI, *Reato proprio*, cit., p. 1183;

<sup>261</sup> In questo senso, A. PAGLIARO, *Problemi generali*, cit., p. 21.

<sup>262</sup> Cfr. S. BONINI, *Soggetti penalmente responsabili all’interno dell’impresa e delega di funzioni alla luce dei d.lgs. n. 626 del 1994 e n. 242 del 1996 in materia di sicurezza del lavoro, in Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, a cura di L. MONTUSCHI, Torino, 1997, p. 268.

funzione da essi effettivamente esercitata piuttosto che del titolo che la definisce: della sostanza piuttosto che della forma”<sup>263</sup>.

Benché l’individuazione dei soggetti responsabili non possa dunque prescindere, quantomeno in sede di prima analisi, dalle qualifiche formali, i principi che regolano la responsabilità penale pretendono invero una verifica della reale titolarità delle attribuzioni sottese alla qualifica, accertando, di volta in volta, quali fossero in concreto le mansioni svolte dall’interessato.

Al fine di imputare la responsabilità penale del fatto, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente attribuito rilevanza all’effettività delle mansioni ricoperte<sup>264</sup>. Si è infatti affermato che sarebbe illogico sancire un “principio astratto di responsabilità”, ossia addebitare la posizione di garanzia sulla scorta della mera qualifica formale. Tutto ciò quantomeno in termini di responsabilità esclusiva del garante formale, non potendosi invece escludere una sua responsabilità concorrente. Per la citata giurisprudenza, sarebbe del tutto irragionevole non estendere le posizioni di garanzia attribuite dall’ordinamento a determinati soggetti anche a coloro che effettivamente esercitano i poteri inerenti a tali mansioni.

La qualificazione e la responsabilità non competono soltanto ai soggetti forniti di formali investiture, ma a chiunque si trovi in una posizione tale da porlo in condizioni di esercitare le relative funzioni<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> L. CONTI, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Libro V, Bologna-Roma, 2004, p. 23.

<sup>264</sup> Il principio è stato ribadito da Cass. Pen., Sez. IV, 29 novembre 2005, n. 14180, in *dejure.giuffrè.it* che richiama alcuni precedenti conformi. Nella citata pronuncia i giudici di legittimità respingono le difese dell’imputato per la morte di un ragazzo precipitato da una scarpata a causa di una inidonea recinzione di un cantiere, il quale pretendeva di andare esente da responsabilità poiché l’incarico di direttore lavori gli era stato formalmente revocato due mesi prima del fatto. La Corte osserva infatti che per l’affermazione della responsabilità penale è sufficiente rilevare che in base alle risultanze istruttorie l’imputato abbia di fatto continuato ad esercitare le funzioni di direttore lavori, rimanendo del tutto irrilevante la circostanza che la qualifica gli sia stata formalmente revocata ed attribuita ad un altro soggetto.

<sup>265</sup> A ben vedere Cass. Pen., Sez. IV, 29 novembre 2005, n. 14180 afferma che “La qualificazione e la responsabilità non competono soltanto ai soggetti forniti di formali investiture, ma a chiunque si trovi in una posizione tale da porlo in condizioni di dirigere la attività lavorativa, e di renderlo così destinatario sia delle specifiche norme di sicurezza del lavoro, sia dell’obbligo generico di adottare le cautele necessarie (prudenza, diligenza, perizia) per salvaguardare l’incolumità dei dipendenti e anche di terze persone estranee all’attività lavorativa.” In questo modo la Corte sembra invero esorbitare dal contesto della corretta individuazione del titolare dell’obbligo di garanzia e scivolare verso concezioni sostanzialistiche dell’obbligo stesso di garanzia, con inevitabili tensioni con il principio di legalità.

L'illustrato orientamento si pone in relazione con l'assunto, proprio dell'elaborazione in tema di posizioni di garanzia, secondo cui, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, la condizione di garante rispetto ad un bene da tutelare presuppone in capo all'obbligato un effettivo potere giuridico e materiale di impedire l'evento.

Il principio in questione è comunemente richiamato – soprattutto dalle difese degli imputati – in termini escludenti, ossia per negare la sussistenza di una responsabilità penale in capo al titolare della qualifica a cui è ascritta la posizione di garanzia allorché (asseritamene) sfornito dei poteri idonei ad impedire l'evento. Tuttavia, non mancano pronunce di legittimità<sup>266</sup> in cui sembra assumere una doppia funzione, per un verso, continua ad escludere la responsabilità penale del garante formale qualora privo dei poteri impeditivi, per altro verso, fa sorgere una posizione di garanzia in capo al soggetto che di fatto esercita i poteri di quest'ultimo.

Si deve dunque registrare la centralità dell'effettività dei poteri impeditivi onde individuare il soggetto gravato della posizioni di garanzia. In questi termini va peraltro precisato che, diversamente dall'ipotesi della delega di funzioni di cui si dirà, si tratta di una attribuzione *ab origine* della posizione di garanzia e non di un suo successivo trasferimento dal garante originario ad un secondo soggetto.

#### 4. *Garanti e sub-garanti.*

Un'adeguata, efficiente ed efficace organizzazione interna dell'ente proprietario della strada passa spesso per una congrua ripartizione di compiti e conseguenti responsabilità.

Nelle organizzazioni più ampie e complesse<sup>267</sup>, il garante principale non può occuparsi personalmente di ogni aspetto degli obblighi di garanzia che gravano sulla sua posizione, diviene dunque inevitabile – ed anzi auspicabile – la creazione di una rete di sub-garanti a diversi livelli. Anche in relazione a

---

<sup>266</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 29 novembre 2005, n. 14180 in *dejure.giuffrè.it.*

<sup>267</sup> Basti pensare all'organizzazione di città metropolitane come Milano o Roma, in cui è necessario vigilare su di una rete viaria complessa, articolata e molto frequentata.

quest'ultimi vale ad ogni modo il binomio responsabilità-poteri, ossia, come è stato efficacemente affermato, “a qualsiasi livello di poteri, l'eventuale posizione di garanzia, cioè il complesso dei doveri, trae fondamento nella attribuzione di poteri, secondo regole legali o statutarie o comunque operanti nell'organizzazione data”<sup>268</sup>.

Detto ciò, occorre chiedersi in quali termini l'obbligo di garanzia che in prima istanza grava sulla figura apicale titolare dei relativi poteri può essere trasferito o in qualche misura condiviso con altri soggetti dell'organizzazione. V'è in sostanza da domandarsi se la responsabilità per omissione possa giungere a coinvolgere anche personale dell'ente in posizione non apicale e dunque gerarchicamente subordinato alla figura di vertice, e se, per contro, quest'ultimo possa liberarsi da tale responsabilità trasferendola *in toto* ad un proprio subalterno.

Le problematiche sottese al tema in trattazione si legano a doppio filo con il principio di legalità. La prospettiva di imputare responsabilità penali a soggetti diversi dalla figura apicale formalmente investita dei poteri sottesi all'obbligo di garanzia solleva infatti due ordini di questioni. Innanzitutto non va dimenticato che i reati omissivi impropri sono tutti reati propri ossia subordinati alla sussistenza in capo al soggetto agente di determinate qualifiche soggettive tendenzialmente stabilite dalla legge. Inoltre, trattandosi di reati omissivi impropri, una diversa imputazione della responsabilità penale passa per la creazione di nuove posizioni di garanzia o per il trasferimento di quelle in essere.

L'affermazione di una responsabilità penale in capo a soggetti formalmente privi della qualifica soggettiva a cui è normalmente connessa la posizione di garanzia è stata configurata dalla dottrina che se ne è occupata in due modi diversi, ossia attraverso una partecipazione dell'*extraneus* al reato commesso dal soggetto qualificato oppure attraverso un'estensione della qualifica soggettiva dell'originario titolare. Nel primo caso si ha un concorso dell'*extraneus* nel reato proprio dell'*intraneus* purché quest'ultimo abbia posto in essere una condotta concorsualmente rilevante attraverso un'attività di determinazione o istigazione ovvero una condotta omissiva in termini di violazione del dover di

---

<sup>268</sup> D. PULITANÒ, *L'articolazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 12.

vigilanza e controllo sull'opera del collaboratore<sup>269</sup>. Nel secondo caso, invece, attraverso uno sforzo interpretativo, si attribuisce la qualifica richiesta per la sussistenza del reato a coloro che solamente di fatto svolgono le funzioni sottese alla stessa<sup>270</sup>. Quest'ultima impostazione sembra accolta con maggior favore dalla giurisprudenza che ammette che un reato proprio collegato allo svolgimento di compiti aziendali possa essere realizzato anche da soggetti privi della relativa formale qualifica soggettiva. D'altro canto, in questo senso, il tema è il medesimo visto in precedenza circa il rapporto tra soggetti muniti della qualifica formale e soggetti che effettivamente svolgono le relative funzioni.

##### 5. La delega di funzioni.

Uno strumento per ripartire competenze e responsabilità all'interno delle organizzazioni complesse e plurisoggettive, di fatto ammesso dalla giurisprudenza in materia, è rappresentato dalla cosiddetta delega di funzioni.

Le questioni che più di altre agitano la materia vertono sulla possibilità o meno che la delega di funzioni importi un esonero di responsabilità in capo al delegante e sulle condizioni alle quali la delega è ritenuta idonea a costituire una nuova posizione di garanzia in capo al delegato.

Per quanto attiene il primo profilo, occorre interrogarsi sulla conformità al principio di personalità della responsabilità penale addebitata al garante originario ancorché gli adempimenti sottesi all'obbligo di garanzia fossero stati affidati ad altri soggetti nell'ambito dell'organizzazione dell'ente<sup>271</sup>.

Sul punto attenta dottrina<sup>272</sup> ritiene che la posizione di garanzia in capo al delegante possa venir meno solamente con la dismissione del ruolo a cui

---

<sup>269</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 427 e nota n. 1; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1990, p. 87 ss. e p. 100 ss.; D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia*, cit., pp. 192 e 193.

<sup>270</sup> M. DI LECCE, *Relazione*, in *Responsabilità penale in materia di lavoro nelle aziende*, in *Atti del convegno di Parma 5 giugno 1981*, a cura di A. CESSARI – A. LANZI – T. PADOVANI, Milano, 1982, p. 37.

<sup>271</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 421, che ipotizza una responsabilità per fatto altrui allorché si imputasse ai soggetti formalmente destinatari del precetto penale il mancato compimento di un'azione che essi non potevano di fatto realizzare ed il cui onere era stato legittimamente affidato a terzi.

<sup>272</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *L'articolazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 14.

l'ordinamento riconnette l'obbligo. Tuttavia, secondo questa dottrina, la delega avrebbe comunque effetto liberatorio, nel senso che rappresenterebbe un corretto adempimento in concreto della garanzia dovuta dal delegante, ferma in ogni caso la permanenza della posizioni di garanzia. La delega rappresenterebbe dunque un modo di adempiere all'obbligo di controllo, di modo che se ciononostante l'evento venisse comunque in essere, quest'ultimo non potrebbe essere addebitato ad una condotta omissiva del delegante invero adempiente.

Un ulteriore problema posto dalla delega di funzioni è dato dalla necessità di stabilire se essa operi sul piano oggettivo dell'imputazione della condotta omissiva ovvero su quello soggettivo in termini di mancanza di colpevolezza.

Parte della dottrina ha evidenziato come il fatto (omissivo) del delegato sia per il delegante (adempiente attraverso la delega di funzioni), fatto altrui, quindi, in questo senso, la delega, pur non facendo venir meno l'originaria posizione di garanzia opererebbe già sul piano oggettivo dell'attribuibilità del fatto ad una condotta (omissiva) del delegato<sup>273</sup>.

Per contro, altra dottrina<sup>274</sup> evidenzia come la giurisprudenza ritenga il delegante comunque responsabile del fatto laddove egli fosse a conoscenza dell'omissione del delegato e non sia intervenuto. Ciò dimostrerebbe che, nonostante la delega, l'obbligo di garanzia permanerebbe ancorché trasformato in punto di condotta pretesa dall'ordinamento da un dovere di intervento ad un dovere di vigilanza e controllo. Secondo questo orientamento, la tesi precedente confonderebbe il piano della tipicità da quello della colpevolezza. Eventuali fattori legati alla struttura aziendale, tra cui la delega di funzioni, possono al più rilevare in termini di possibilità concreta di azione e dunque sul mero piano della colpevolezza. Diversamente, laddove il delegante abbia tenuto una condotta colposamente concorrente nella causazione del fatto reato ne risponderà unitamente al delegato<sup>275</sup>. In caso di mancato adempimento della delega,

---

<sup>273</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *L'articolazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 20.

<sup>274</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 435; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 77.

<sup>275</sup> T. PADOVANI, *Relazione*, in *Responsabilità penale in materia di lavoro nelle aziende*, in *Atti del convegno di Parma 5 giugno 1981*, a cura di A. CESSARI – A. LANZI – T. PADOVANI, Milano, 1982, p. 9; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 80 ss.; D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione*, cit., p. 181 ss.; M. SECCI, *La ripartizione della responsabilità penale per gli*

l'eventuale responsabilità concorrente del delegante andrà apprezzata sul piano soggettivo nel senso che andrà valutata la misura della diligenza da questi concretamente esigibile in sede di controllo della condotta del delegato. Il tutto andrà valutato in relazione alle dimensioni dell'azienda e alla ragionevolezza della fiducia accordata al collaboratore<sup>276</sup>. Quella del delegante è in sostanza una forma di *culpa in vigilando* in cui si corre invero il rischio di celare ipotesi di responsabilità oggettiva. E' facile infatti cedere alla tentazione di desumere automaticamente la colpa dal verificarsi dell'evento attraverso valutazioni *ex post*. In realtà, i contenuti e i limiti della vigilanza esigibile dal delegante devono essere definiti *ex ante*. Il dovere di vigilanza non può peraltro spingersi fino a prefigurare un obbligo (che sarebbe inesigibile e insensato) di vigilanza su specifici aspetti delle competenze trasferite al delegato, finanche a pretendere verifiche personali su tutto e su tutti, poiché ciò determinerebbe un blocco dell'attività delle organizzazioni complesse. Invero, un dovere di vigilanza, correlato ai poteri-doveri di direzione non può che intendersi unicamente come controllo della tenuta del sistema organizzativo<sup>277</sup>.

La tesi appena illustrata non è tuttavia immune da critiche. Va infatti da subito evidenziato come attraverso la delega di funzioni l'obbligo si trasformi da adempimento personale a controllo sull'attività altrui, in questo senso non è sostenibile che essa agisca solo sul piano soggettivo. Inoltre, limitando l'operatività della delega di funzioni al piano soggettivo si dimentica come, in realtà, i mezzi a disposizione (tra cui la struttura di collaboratori) contribuiscono già a monte a definire la tipicità della condotta pretesa dall'ordinamento. Pertanto, la struttura aziendale, ancor prima che la delega di funzioni, opera necessariamente anche sul piano oggettivo.

Quanto al delegato, parte della dottrina esclude che egli possa essere personalmente obbligato all'adempimento prescritto e quindi autore principale della violazione. In questo senso, la posizione del delegato dovrebbe essere

---

*infortuni sul lavoro e il problema della esigibilità del controllo*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1977, pp. 1169-1170.

<sup>276</sup> Rilevano in questo senso le caratteristiche, le capacità e la posizione del collaboratore di cui il delegante deve previamente accertarsi e conoscere in modo da misurare quanta fiducia accordargli e quanto invasivo deve essere il suo controllo.

<sup>277</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *L'articolazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 28.

valorizzata attraverso lo strumento del concorso di persone, purché la sua inattività appaia come violazione di un obbligo di attivarsi e sia supportata dall'elemento psicologico. Ma sul punto non si può non osservare che la configurazione di una responsabilità concorsuale pretende che sia prioritariamente rinvenibile una responsabilità in capo al delegante, mentre, talvolta, quest'ultimo rimane immune da addebiti<sup>278</sup>. V'è poi da dire che non si comprende tanta ritrosia ad accettare l'insorgere di una nuova posizione di garanzia in capo al delegato in forza di un contratto, come vorrebbe la preferibile tesi formalista, piuttosto che sulla scorta di una assunzione fattuale come ritenuto dalla tesi funzionale. E in effetti, altra dottrina<sup>279</sup> ammette pacificamente il riconoscimento di una posizione di garanzia in capo al delegato, quantunque vada precisato che a tale scopo occorre che vi sia un conferimento di poteri idoneo ad individuare una nuova e in qualche misura autonoma posizione funzionale del delegato all'interno dell'ente<sup>280</sup>.

Anche in tema di delega rimane fermo l'enunciato principio della necessaria correlazione tra responsabilità e poteri. Allorché l'intervento necessario per garantire la sicurezza esorbiti dai poteri (anche di spesa) riconosciuti al delegato, il suo obbligo di garanzia si traduce in un mero obbligo di sorveglianza<sup>281</sup> e segnalazione al delegante, titolare del potere superiore.

Preponendo un determinato soggetto ad un certo settore si trasferiscono a questi le relative funzioni e le connesse responsabilità. Occorre tuttavia osservare che i doveri conseguenti all'incarico continuano a trovare fondamento nella legge che a monte delineava la posizione di garanzia del delegante.

La giurisprudenza che si è occupata del tema ha avuto modo di enucleare alcuni requisiti che devono caratterizzare la delega affinché, per un verso, essa sia idonea ad esonerare da responsabilità il delegante, salva le residua ipotesi di *culpa in vigilando*, e, per altro verso, faccia davvero sorgere una nuova posizione di garanzia in capo al delegato. In questo senso, innanzitutto la delega non deve avere carattere artificioso e deve rispondere ad esigenze effettive dell'azienda;

---

<sup>278</sup> Ogni qualvolta la sua condotta sia irreprensibile in termini di coordinamento, vigilanza e controllo sulla struttura organizzativa.

<sup>279</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 199 ss.

<sup>280</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *L'articolazione delle posizioni di garanzia*, cit., p. 17.

<sup>281</sup> Si veda *supra* p. 71.

dopodichè si deve trattare di un'impresa di grandi dimensioni; il delegato deve essere persona tecnicamente capace e allo stesso devono anche essere conferiti tutti i poteri necessari; infine, è pacifico che il delegante non va esente da responsabilità laddove è provato che lo stesso fosse a conoscenza di eventuali inadempimenti del delegato.

A fronte una siffatta situazione, la delega di funzioni è in grado di far insorgere una nuova posizioni di garanzia e di sgravare l'obbligato originario dai propri doveri d'intervento diretto.

#### 6. *La delega di funzioni negli enti pubblici.*

La delega di funzioni è stata fin qui analizzata facendo generico riferimento ad un'organizzazione complessa.

Secondo parte della dottrina la delega di funzioni e con essa il trasferimento delle posizioni di garanzia, si atterrebbe in modo differente all'interno degli enti pubblici piuttosto che nelle organizzazioni private<sup>282</sup>. A tal proposito si è osservata che mentre quest'ultime sono improntate al principio dell'autonomia privata di cui agli artt. 1322 c.c. e 41 Cost., negli enti pubblici tutto è improntato al principio di legalità sancito dall'art. 97 Cost., compresa la suddivisione delle funzioni esercitate e l'attribuzione dei relativi potere. Quindi, l'ascrizione delle posizioni di garanzia all'interno degli enti pubblici proprietari delle strade sarebbe in qualche misura vincolata al dato normativo.

Con specifico riferimento agli enti locali, che come si preciserà nel prosieguo sono proprietari di gran parte della rete stradale, va tuttavia osservato che essi godono, in base alla legge, di autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa (oltre che di autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei propri statuti e regolamenti e delle leggi di coordinamento della finanza pubblica)<sup>283</sup> che attribuisce loro la possibilità di strutturare la macchina

---

<sup>282</sup> Cfr. C. FUGGETTI, *La delega di funzioni*, in *Commentario sistematico al codice penale, Il Reato, Struttura del fatto tipico, presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale, il requisito dell'offensività del fatto*, a cura di M. RONCO, Bologna, 2007, p. 369.

<sup>283</sup> Cfr. art. 3, comma 4, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali".

organizzativa distribuendo poteri e responsabilità nel modo più congruo al raggiungimento dei risultati in termini di sicurezza della rete viaria, ma anche di economicità ed efficienza dei procedimenti gestionali. Si intravede dunque la possibilità per il singolo ente di incidere sulle posizioni di garanzia, ancorché sulla scorta di una specifica previsione normativa che attribuisce tale facoltà.

Più in generale, la tesi sopra richiamata, formalistica e rigida, secondo cui al di fuori delle previsioni normative, ancorché secondarie, non sarebbe comunque ammesso alcun trasferimento di competenze e responsabilità<sup>284</sup> pare contrastare con alcune posizioni giurisprudenziali assai più propense ad estendere gli obblighi di garanzia – e con essi la responsabilità penale omissiva – ben oltre le figure apicali poste a direzione degli uffici dell'ente. Merita a tal proposito richiamare Cass. Pen., Sez. IV, 17 settembre 2004, n. 36760<sup>285</sup>.

Nella pronuncia in questione, la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto responsabili del reato di cui all'art. 590 c.p. ai danni del conducente di un ciclomotore rimasto infortunato a causa della caduta a terra dovuta ad una buca non segnalata formatosi sul fondo stradale, tanto il responsabile dell'ufficio tecnico quanto il responsabile del settore manutenzione e lavori pubblici, quanto, infine, il capo squadra degli operai addetti alla manutenzione. D'altro canto, una diversa soluzione rischierebbe, per un verso, di violare il principio di personalità addebitando responsabilità di mera posizione in capo ai vertici dell'apparato burocratico e, per altro verso, di affievolire la funzione preventiva del precetto penale esonerando inspiegabilmente da responsabilità soggetti (più vicini alla fonte di pericolo) che invero potrebbero apportare un fondamentale contributo all'accrescimento dei livelli di sicurezza dell'infrastruttura.

---

<sup>284</sup> Sul punto si confrontano invero due tesi. La prima, più rigida, ammette la delega di funzioni all'interno dell'ente pubblico unicamente laddove espressamente previsto dalla normativa di riferimento. La seconda, più permissiva, riconosce una generale delegabilità delle funzioni, anche in assenza di un'espressa previsione contenuta nella legge, nello statuto o nel regolamento sull'organizzazione dell'ente, ma sarebbero escluse da tale possibilità le competenze essenziali al ruolo politico del sindaco, le competenze tipicamente personali e quelle per cui disposizioni normative prevedono l'indelegabilità. Cfr. M. Ronco, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 370.

<sup>285</sup> In *de jure.giuffrè.it*.

7. *L'ente proprietario della strada.*

Sin qui si è sempre fatto genericamente riferimento agli enti proprietari delle strade quali soggetti garanti della sicurezza dell'infrastruttura e dunque eventualmente responsabili di eventi illeciti *ex art. 40, comma 2, c.p.*, senza però mai precisare quali siano gli enti ai quali è ricondotta la proprietà delle strade. Occorre a tal proposito affrontare il tema del regime di proprietà delle strade italiane e della loro classificazione. Da qui la necessità di soffermarsi, per quanto attiene le strade pubbliche, sulla disciplina del demanio stradale, sulla sua ripartizione tra i diversi enti territoriali ed infine sulla classificazione delle strade ad esso appartenenti.

Per strade pubbliche si intendono le strade caratterizzate dall'essere di proprietà di enti pubblici territoriali e dall'essere destinate all'uso pubblico e generalizzato. Così definite, le strade pubbliche<sup>286</sup> appartengono alla categoria dei beni demaniali<sup>287</sup> e conseguentemente godono del particolare regime giuridico riservato a tali beni in ragione dei superiori interessi generali che gli stessi sono destinati a soddisfare<sup>288</sup>. Più precisamente, suddette strade appartengono al cosiddetto demanio accidentale, fanno cioè parte di una tipologia di beni che potrebbero appartenere anche a privati (a differenza del demanio necessario), ma che allorquando siano di proprietà di enti pubblici e siano destinate all'uso oppure al transito pubblico sono assoggettate al regime privilegiato dei beni demaniali. Va sottolineato che se è vero che una strada di proprietà privata non diviene pubblica per il mero fatto che su di essa si svolge un transito indiscriminato è altrettanto vero che non tutte le strade di proprietà di enti pubblici possono essere considerate davvero pubbliche nel senso di facenti parte del demanio stradale. Vi sono infatti strade che, pur appartenendo ad enti pubblici territoriali, non

---

<sup>286</sup> Va sottolineato che le strade non divengono pubbliche per il mero fatto di essere aperte al pubblico e generalizzato transito, ma devono appartenere ad un ente pubblico territoriale. Cfr. C. TALICE, voce *Strade*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1113.

<sup>287</sup> Cfr. P. LA ROCCA, *Il regime giuridico delle strade provinciali, comunali, vicinali, private*, Santarcangelo di Romagna (RM), 2006, p. 69 ss.

<sup>288</sup> I beni demaniali non possono formare oggetto di negozi di diritto privato, sono inalienabili *ex art. 823 c.c.*, non possono formare oggetto di possesso *ex art. 1145 c.c.* e non possono essere acquistati per usucapione dai privati, non sono pignorabili o ipotecabili. Tali beni sono disciplinati dal diritto pubblico. Solo nei modi e nei limiti stabiliti da leggi speciali possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, generalmente attraverso lo strumento della concessione amministrativa.

assolvono una funzione pubblica e appartengono quindi al patrimonio e non al demanio dell'ente<sup>289</sup>. Un esempio in questo senso è offerto dalle strade poste all'interno di edifici pubblici.

Ad ogni modo, per quanto attiene il titolo di proprietà, già l'art. 22 della legge 20.03.1865, All. F, disponeva che “il suolo delle strade nazionali è di proprietà dello Stato, quello delle strade provinciali appartiene alle Province, ed è di proprietà dei Comuni il suolo delle strade comunali”. Nessun riferimento era ovviamente operato a favore delle Regioni poiché introdotte solamente con l'ordinamento costituzionale del 1948.

V'è dunque da chiedersi, al fine di imputare eventuali responsabilità, quali strade siano statali, piuttosto che provinciali, comunali e ora anche regionali. In questa operazione ci soccorre l'art. 2, comma 5, c.d.s. il quale dispone che “le strade... si distinguono in strade «statali», «regionali», «provinciali», «comunali», secondo le indicazioni che seguono. Enti proprietari delle dette strade sono rispettivamente lo Stato, la regione, la provincia, il comune”.

Per attribuire la proprietà di una strada la norma rinvia al sistema di classificazione delle strade nella stessa contenuto. Tale sistema prevede invero due tipi di classificazione: la prima basata sulle caratteristiche costruttive, tecniche e funzionali della strada; la seconda, invece, fondata sulla tipologia di collegamenti realizzati dall'infrastruttura. Quest'ultima ripartizione è quella che più interessa in questa sede, poiché, sulla scorta anche delle risultanze della prima classificazione tecnica, giunge a suddividere la proprietà delle strade tra Stato, regioni, province e comuni.

La prima catalogazione, quella basata sulle caratteristiche costruttive, tecniche e funzionali della strada, premesso che ai sensi dell'art. 3, nn. 50 e 51, c.d.s. per strade urbane si intendono le strade interne al centro abitato<sup>290</sup>, mentre per strade extraurbane ci si riferisce a quelle esterne al centro abitato, distingue:

---

<sup>289</sup> Cfr. P. LA ROCCA, *Il regime giuridico delle strade*, p. 69.

<sup>290</sup> Ai sensi dell'art. 3, n. 8, c.d.s., per centro abitato si deve intendere: “insieme di edifici, delimitato lungo le vie di accesso dagli appositi segnali di inizio e fine. Per insieme di edifici si intende un raggruppamento continuo, ancorché intervallato da strade, piazze, giardini o simili, costituito da non meno di venticinque fabbricati e da aree di uso pubblico con accessi veicolari o pedonali sulla strada”.

A - Autostrada: strada extraurbana o urbana a carreggiate indipendenti o separate da spartitraffico invalicabile, ciascuna con almeno due corsie di marcia, eventuale banchina pavimentata a sinistra e corsia di emergenza o banchina pavimentata a destra, priva di intersezioni a raso e di accessi privati, dotata di recinzione e di sistemi di assistenza all'utente lungo l'intero tracciato, riservata alla circolazione di talune categorie di veicoli a motore e contraddistinta da appositi segnali di inizio e fine. Deve essere attrezzata con apposite aree di servizio ed aree di parcheggio, entrambe con accessi dotati di corsie di decelerazione e di accelerazione.

B - Strada extraurbana principale: strada a carreggiate indipendenti o separate da spartitraffico invalicabile, ciascuna con almeno due corsie di marcia e banchina pavimentata a destra, priva di intersezioni a raso, con accessi alle proprietà laterali coordinati, contraddistinta dagli appositi segnali di inizio e fine, riservata alla circolazione di talune categorie di veicoli a motore; per eventuali altre categorie di utenti devono essere previsti opportuni spazi. Deve essere attrezzata con apposite aree di servizio, che comprendano spazi per la sosta, con accessi dotati di corsie di decelerazione e di accelerazione.

C - Strada extraurbana secondaria: strada ad unica carreggiata con almeno una corsia per senso di marcia e banchine.

D - Strada urbana di scorrimento: strada a carreggiate indipendenti o separate da spartitraffico, ciascuna con almeno due corsie di marcia, ed una eventuale corsia riservata ai mezzi pubblici, banchina pavimentata a destra e marciapiedi, con le eventuali intersezioni a raso semaforizzate; per la sosta sono previste apposite aree o fasce laterali esterne alla carreggiata, entrambe con immissioni ed uscite concentrate.

E - Strada urbana di quartiere: strada ad unica carreggiata con almeno due corsie, banchine pavimentate e marciapiedi; per la sosta sono previste aree attrezzate con apposita corsia di manovra, esterna alla carreggiata.

F - Strada locale: strada urbana od extraurbana opportunamente sistemata ai fini di cui al comma 1 non facente parte degli altri tipi di strade.

La classificazione in questione è stata poi integrata dall'art. 01 del decreto legge 27 giugno 2003, n. 151, convertito con modificazioni nella legge 1 agosto

2003, n. 214 che ha introdotto l'ulteriore categoria degli itinerari ciclopedonali (lett. F-bis): strada locale, urbana, extraurbana o vicinale, destinata prevalentemente alla percorrenza pedonale e ciclabile e caratterizzata da una sicurezza intrinseca a tutela dell'utenza debole della strada.

Quanto al secondo criterio di classificazione, esso, come detto, è essenziale per l'individuazione dell'ente proprietario della strada e dunque del soggetto su cui in prima istanza gravano gli obblighi di garanzia, poiché, sulla scorta della predetta classificazione tecnica, suddivide le strade, in base alla tipologia di collegamenti svolti, in statali, regionali, provinciali e comunali attribuendo la relativa proprietà ai rispetti enti.

In questo senso, sono sempre di proprietà comunale le strade interne al centro abitato, siano esse strade urbane di scorrimento, strade urbane di quartiere o strade locali, come pure le tratte interne al centro abitato delle strade extraurbane principali o secondarie o locali ancorché, in ragione della tipologia di collegamento, per i tratti esterni all'abitato, siano di proprietà statale, regionale o provinciale. Tuttavia, non appartengono al comune, e rimangono dunque di proprietà di Stato, regioni o province, benché attraversino il centro abitato, i tratti interni delle strade extraurbane principali o secondarie e delle strade locali statali, regionali o provinciali, allorché il centro abitato in questione non superi i diecimila abitanti.

Per quanto attiene alle strade esterne al centro abitato (comprese le tratte interne delle strade extraurbane allorché il centro abitato attraversato abbia popolazione inferiore a diecimila abitanti), ossia quelle che in base alle caratteristiche tecniche sono classificate extraurbane principali, secondarie o locali, si distinguono:

A - Statali, appartenenti dunque al demanio stradale nazionale poiché di interesse nazionale, quando: *a)* costituiscono le grandi direttrici del traffico nazionale; *b)* congiungono la rete viabile principale dello Stato con quelle degli Stati limitrofi; *c)* congiungono tra loro i capoluoghi di regione ovvero i capoluoghi di provincia situati in regioni diverse, ovvero costituiscono diretti ed importanti collegamenti tra strade statali; *d)* allacciano alla rete delle strade statali i porti marittimi, gli aeroporti, i centri di particolare importanza industriale,

turistica e climatica; e) servono traffici interregionali o presentano particolare interesse per l'economia di vaste zone del territorio nazionale. Va detto che la gestione delle strade statali è attribuita, per legge o per convenzione di concessione, all'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (ANAS), ente oggi costituito in società per azioni a totale partecipazione statale.

B - Regionali, quando allacciano i capoluoghi di provincia della stessa regione tra loro o con il capoluogo di regione ovvero allacciano i capoluoghi di provincia o i comuni con la rete statale se ciò sia particolarmente rilevante per ragioni di carattere industriale, commerciale, agricolo, turistico e climatico.

C - Provinciali, quando allacciano al capoluogo di provincia capoluoghi dei singoli comuni della rispettiva provincia o più capoluoghi di comuni tra loro ovvero quando allacciano alla rete statale o regionale i capoluoghi di comune, se ciò sia particolarmente rilevante per ragioni di carattere industriale, commerciale, agricolo, turistico e climatico.

D - Comunali, quando congiungono il capoluogo del comune con le sue frazioni o le frazioni fra loro, ovvero congiungono il capoluogo con la stazione ferroviaria, tranviaria o automobilistica, con un aeroporto o porto marittimo, lacuale o fluviale, con interporti o nodi di scambio intermodale o con le località che sono sede di essenziali servizi interessanti la collettività comunale. Ai fini del presente codice, le strade “vicinali” sono assimilate alle strade comunali.

Suddetta classificazione deve esser completata con le strade militari, essendo tali le infrastrutture destinate solo al traffico militare, il cui ente proprietario, ai sensi dell'art. 2, comma 5, c.d.s., è il comando della regione militare territoriale.

Infine, vanno ricordate anche le cosiddette strade vicinali (o poderali o di bonifica), denominazione che ai sensi dell'art. 3, comma 1, n. 52, c.d.s. spetta alle strade private fuori dal centro abitato quando sono destinate ad uso pubblico. Si tratta in sostanza di vie di comunicazione costruite dai proprietari di una serie di fondi per potervi accedere. Nonostante la definizione dettata dal codice della strada faccia esplicito riferimento alle sole strade esterne al centro abitato, alla categoria delle strade vicinali possono essere ricondotte anche le strade private ad

uso pubblico interne al centro abitato<sup>291</sup>. In base ai disposto di cui all'art. 2, comma 6, c.d.s. “Ai fini del presente codice, le strade vicinali sono assimilate alle strade comunali”. Tant'è che il quarto comma dell'art. 14 c.d.s. prevede che per le strade vicinali i poteri, ma non i compiti, dell'ente proprietario previsti dal codice della strada siano esercitati dal comune. In questo senso, le responsabilità per eventuali eventi illeciti direttamente dovuti alla strada vicinale saranno ripartiti tra comune e privato proprietario, con non rare ipotesi di concorso, a seconda che il fattore causale sia addebitato ad un'omissione del primo piuttosto che del secondo.

#### 8. *Competenze e responsabilità nell'ente locale.*

Tra gli enti pubblici proprietari di strade è interesse di questo studio soffermarsi in particolare sugli enti locali. A comuni e province è infatti attribuita la maggior parte delle strada italiane ed in ogni caso quella parte della rete viaria più articolata, complessa e difficile da monitorare, poiché diffusa capillarmente sul territorio, ricca di interferenze con le proprietà latitanti e percorsa da ogni genere di veicolo, oltre che dai pedoni.

Il principale problema che si pone in relazione all'imputazione di responsabilità penali all'interno dell'ente locale per lesioni personali o morte da insidia stradale è rappresentato dal riparto di competenze tra politici amministratori e tecnici funzionari dell'ente.

Una prima norma di riferimento per delineare suddetto riparto è contenuta nell'art. 107, primo comma, del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, secondo cui spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettate dagli statuti e dai regolamenti. La disposizione precisa poi che gli statuti e i regolamenti si devono uniformare al principio per cui i poteri di indirizzo e di

---

<sup>291</sup> In questo senso, richiamando il disposto di cui all'art. 4, comma 14, c.d.s., secondo cui “per le strade vicinali di cui all'art. 2, comma 7, i poteri dell'ente proprietario previsti dal presente codice sono esercitati dal Comune” si esprime M. BONA, *La responsabilità civile dei custodi delle strade pubbliche. La nuova giurisprudenza di legittimità e di merito*, Milano, 2007, p. 13.

controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Vigè dunque un principio che vuole una netta separazione tra la direzione politica, di competenza degli organi di governo, e la gestione amministrativa, riservata ai dirigenti<sup>292</sup>. Con riferimento a quest'ultimi, il sesto comma dell' art. 107, d.lgs. 267/2000 dispone che essi siano direttamente responsabili, in via esclusiva ed in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione.

Il quadro della suddivisione delle competenze e responsabilità fin qui tratteggiato va però meglio precisato, con particolare riferimento al ruolo del sindaco e del presidente della provincia, in forza di quanto disposto dagli articoli 50 e 54 del medesimo testo unico.

In particolare, per quanto qui interessa, il disposto di cui all'art. 50 prevede che i vertici politici di comune e provincia siano gli organi responsabili delle rispettive amministrazioni. Essi rappresentano l'ente e sovrintendono al funzionamento dei servizi e degli uffici, nonché all'esecuzione degli atti. Fatte salve le accennate competenze dei dirigenti *ex art. 107 d.lgs. 267/2000*, il sindaco e il presidente della provincia esercitano le funzioni loro attribuite dalle leggi, dallo statuto e dai regolamenti e sovrintendono inoltre all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune e alla provincia. In alcune materie previste da specifiche disposizioni di legge, il sindaco esercita altresì le funzioni attribuitegli in qualità di autorità locale.

Il disposto di cui all'art. 54 del testo unico attiene invece alle ulteriori attribuzioni del sindaco nelle funzioni di competenza statale quale ufficiale di governo. In questo senso, il sindaco sovrintende:

- a) all'emanazione degli atti che gli sono attribuiti dalla legge e dai regolamenti in materia di ordine e sicurezza pubblica;
- b) allo svolgimento delle funzioni affidategli dalla legge in materia di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria;

---

<sup>292</sup> Il quarto comma del medesimo art. 107 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali precisa peraltro che le attribuzioni dei dirigenti possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative

c) alla vigilanza su tutto quanto possa interessare la sicurezza e l'ordine pubblico, informandone preventivamente il prefetto.

Nelle suddette materie, il sindaco, previa comunicazione al prefetto, può delegare l'esercizio delle funzioni ivi indicate al presidente del consiglio circoscrizionale; ove non siano costituiti gli organi di decentramento comunale, il sindaco può conferire la delega a un consigliere comunale per l'esercizio delle funzioni nei quartieri e nelle frazioni.

Il sindaco, sempre quale ufficiale del Governo, adotta altresì con atto motivato, provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana.

Si osserva quindi come, ferma la competenza primaria e dunque la responsabilità gestionale dei dirigenti, il sindaco rimanga in ogni caso titolare di numerosi funzioni e conseguenti responsabilità anche penalmente rilevanti. Tutto ciò è sicuramente vero con riferimento alle competenze sue proprie in qualità di ufficiale di governo (art. 54 T.u.e.l.) per le importanti prerogative in materia di sicurezza pubblica, incolumità pubblica e da ultimo sicurezza urbana<sup>293</sup>. Ma, nondimeno, il sindaco è direttamente coinvolto anche nelle competenze dell'ente locale, sia, innanzitutto, in ragione dell'onere di sovrintendere al funzionamento dell'amministrazione, sia in virtù della competenza a questi attribuita dall'art. 50, comma 10, d. lgs. 267/2000, di nominare i responsabili degli uffici e dei servizi, nonché di attribuzione degli incarichi dirigenziali e di quelli di collaborazione esterna. In quest'ultimo senso sembra infatti profilarsi una responsabilità per *culpa in eligendo* laddove il sindaco abbia mal esercitato tale potere organizzativo.

---

<sup>293</sup> Il riferimento alla sicurezza urbana è stato introdotto ad opera del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica", convertito con modificazioni dalla legge 24 luglio 2008, n. 125.

9. La posizione del sindaco nella giurisprudenza.

La giurisprudenza che si è occupata della responsabilità penale del sindaco in ipotesi di pregiudizi alla vita e all'incolumità personale causati da deficienze manutentive delle strada comunali si è sostanzialmente uniformata al principio di separazione delle funzioni delineato dal testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali e sopra accennato.

In questo senso, la già citata Cass. Pen., Sez. IV, 17 settembre 2004, n. 36760<sup>294</sup> ha respinto il ricorso del responsabile di un ufficio tecnico comunale condannato per lesioni colpose ai danni di un giovane caduto a causa di una buca sulla strada, il quale sosteneva che la responsabilità doveva invero essere attribuita all'organo politico (peraltro nella circostanza individuato nel Consiglio Comunale) poiché, per un verso, ad esso spetterebbero le scelte inerenti gli interventi di esecuzione delle opere pubbliche e, per altro verso, i poteri di ordinanza in tema di sicurezza stradale apparterebbero esclusivamente al sindaco. La Corte di legittimità osserva che “per quanto riguarda gli enti locali territoriali, in particolare il Comune, le responsabilità penali connesse alla violazione delle norme che l'ente è tenuto ad osservare sono ripartite tra gli organi elettivi e quelli burocratici secondo le rispettive attribuzioni quali ricostruite nella disciplina di settore”. La Suprema Corte prosegue poi precisando che “a tal fine, l'art. 107 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) distingue tra i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, demandati agli organi di governo degli enti locali, e compiti di gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, attribuiti ai dirigenti, cui sono conferiti autonomi poteri di organizzazione delle risorse, strumentali e di controllo, compreso quello di adottare atti – non riservati espressamente dalla legge o dallo statuto agli organi di governo dell'ente – che impegnano l'amministrazione verso l'esterno”. In conclusione, da tale assetto normativo, la Corte deduce che le attività attribuite ai dirigenti amministrativi rientrano in una sfera di competenza primaria e diretta – non delegata –, nonché esclusiva, rispetto alle quali il sindaco esercita soltanto un potere di sorveglianza e di controllo collegato ai compiti di

---

<sup>294</sup> In *dejure.giuffrè.it*.

programmazione, che gli appartengono quale capo dell'amministrazione comunale, ed alle funzioni di ufficiale di governo, legittimato all'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti<sup>295</sup>.

Tuttavia, il collegio lascia intendere che una responsabilità degli organi politici potrebbe essere in qualche misura rinvenuta nel caso in cui il funzionario preposto abbia inutilmente invocato il loro intervento, prospettando, ad esempio, difficoltà e/o carenze di natura economico-finanziaria, cui solo gli organi politici potevano affrontare e risolvere, dacché dedurre un coinvolgimento colpevole *ex art. 40, comma 2, c.p.* nell'inadempienza del funzionario.

In un'altra pronuncia<sup>296</sup>, relativa all'impugnazione di una sentenza di merito in cui erano stati ritenuti responsabili, per la morte di un ragazzo precipitato da una scarpata per l'inidoneità delle barriere protettive di un cantiere, oltre al direttore dei lavori anche il sindaco e l'assessore ai lavori pubblici, a fronte delle difese di questi tese a configurare una responsabilità esclusiva dell'appaltatore, la Corte ammette che la presenza di quest'ultimo limita il ruolo di garante del sindaco, tuttavia osserva che nel caso di specie la responsabilità dell'organo politico non viene comunque meno per tre ordini di motivi: la conoscenza del pericolo, l'evitabilità dell'evento lesivo e l'omesso intervento per eliminare il pericolo stesso. In tale assunto, il riferimento più interessante è quello relativo alla conoscenza del pericolo. E' infatti questo il dato che già in astratto fa insorgere una potenziale responsabilità penale del sindaco, la quale, per tradursi

---

<sup>295</sup> Sempre nel senso di escludere la responsabilità del sindaco su cui non graverebbe un dovere di verifica personale del territorio, si è espressa anche una pronuncia più risalente Cass. Pen., Sez. IV, 22 aprile 1982, in *Arch. Circ.*, 1983, 216, ed in *Foro it.*, Rep. 1983, voce cit., n. 28, secondo cui “ Il mancato ripristino di un segnale stradale (nella specie: di stop), collocato a seguito di regolare delibera del comune, può originare responsabilità di carattere penale a carico di amministratori e dipendenti comunali per le lesioni riportate da persone coinvolte in incidenti; è da escludere però che il sindaco e l'assessore ai ll. pp. siano tenuti a verificare personalmente la presenza dei prescritti cartelli stradali, in quanto in via di principio all'amministratore comunale spettano compiti di vigilanza in ordine al regolare funzionamento di servizi ed uffici ma non anche il dovere di acquisire direttamente, fatta eccezione per i comuni di piccole dimensioni, conoscenza delle eventuali carenze esistenti; bene invece è affermata la responsabilità per il mancato ripristino di segnale di pericolo e per le conseguenti lesioni a carico del dirigente dell'ufficio tecnico comunale, il quale, nella sua qualità, ha l'obbligo di controllare la presenza e l'efficienza dei cartelli stradali e il ripristino di quelli rimossi”.

<sup>296</sup> Cass. pen., Sez. IV, 29 novembre 2005, n. 14180, in *dejure.giuffrè.it*.

nell'integrazione concreta della fattispecie omissiva, pretende, ovviamente, anche la possibilità di intervenire e il mancato intervento<sup>297</sup>.

Secondo il Supremo Collegio, avuta la prova della piena cognizione del pericolo, “trattandosi di pubblici amministratori, essi non possono assumere una posizione di esonero da responsabilità addirittura superiore a quella del privato committente, essendo peraltro dotati di poteri autoritativi che consentono loro di supplire all'eventuale inerzia ovvero alla impossibilità concreta di agire sollecitamente da parte dell'appaltatore. Premessa, pertanto, la conoscenza del pericolo, il pubblico amministratore non può assumere alcun atteggiamento omissivo, ma deve o intervenire direttamente, tramite personale da lui incaricato per eliminare la fonte del pericolo stesso, ovvero apprestare adeguate protezioni, ripari, cautele ed opportune segnalazioni, in modo da impedire l'uso dell'area da parte di privati”. Per i Giudici di legittimità, la corte territoriale ben ha individuato la colpa omissiva nel non avere attuato a mezzo del personale amministrativo e della polizia municipale, provvedimenti come l'immediata chiusura dell'intera piazza, o il transennamento della zona pericolosa, o ancora il piantonamento della stessa, tutte misure facilmente realizzabili e idonee ad evitare con certezza il verificarsi dell'evento reato.

In conclusione, la Corte sintetizza il suo pensiero ponendo l'accento proprio sulla conoscenza della situazione di pericolo da parte degli amministratori. Per il collegio, “il Sindaco e l'Assessore competente assumono, nei reati colposi, una posizione di garanzia nel caso che non adottino alcun provvedimento urgente atto ad eliminare una situazione di pericolo di cui sono consapevoli. Essendo infatti dotati di poteri autoritativi sia per allestire un intervento atto ad eliminare il pericolo, ovvero per disporre le cautele necessarie, non si ravvisa la colpa omissiva impropria ex art. 40 c.p., comma 2, solo nei casi in cui non si abbia conoscenza di tale situazione di pericolo, ovvero non si abbia la possibilità concreta, anche con la normale diligenza, di porre in atto i rimedi utili per sanare la fonte del medesimo pericolo”.

Si ravvisa dunque in capo al sindaco una posizione di garanzia in relazione a situazioni di pericolo, da lui conosciute, ed in qualche misura contrastabili.

---

<sup>297</sup> Sul punto cfr. *supra* p. 23 ss.

Tuttavia, l'obbligo di impedire l'evento sotteso alla posizione di garanzia non pare potersi spingere fino a pretendere una vigilanza puntuale del territorio. Quest'ultimo si connota infatti per un dovere d'intervento limitato alle situazioni in qualche modo conosciute, senza alcun specifico obbligo di vigilanza<sup>298</sup>. Sarà tutt'al più dovere dei dirigenti, ovvero, in strutture complesse, dei loro collaboratori, vigilare e se dal caso informare il sindaco della situazione di pericolo.

In questo senso, la giurisprudenza<sup>299</sup> ha precisato “Non è certo richiesto né al sindaco, né al Responsabile dell'Ufficio tecnico di effettuare perlustrazioni o ronde di sorta, ma è sicuramente doveroso il loro attivarsi per avere attraverso le varie articolazioni operative dei competenti uffici, le informazioni necessarie sullo stato delle strade comunali nonché per adottare i provvedimenti organizzativi generali e dispositivi specifici per la eliminazione dei pericoli accertati o comunque segnalati”. In capo al Sindaco vi è dunque, a monte di tutto, un obbligo organizzativo della macchina amministrativa a fronte del quale il disposto di cui all'art. 50, comma 10, d.lgs. 267/2000 riserva al primo cittadino la competenza alla nomina dei responsabili degli uffici e dei servizi, nonché all'attribuzioni e definizione degli incarichi dirigenziali e di quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, d.lgs. 267/2000, nonché dagli statuti e regolamenti comunali. La medesima disciplina trova peraltro applicazione per il presidente della provincia e rileva, per quanto qui interessa, per eventuali responsabilità in relazioni alle strade provinciali.

Il potere di nomina dei responsabili dei servizi e degli uffici fa insorgere, in capo al sindaco, una potenziale responsabilità per *culpa in eligendo*, allorché il pregiudizio all'utente della strada sia in nesso causale con l'omissione della figura apicale per la sua inadeguatezza a fronteggiare i compiti assegnati.

---

<sup>298</sup> In questo senso si è espressa Cass. Pen., Sez. IV, 5 novembre 1985, in *Riv. pen.*, 1987, 182, ed in *Foro it.*, Rep. 1987, voce cit., n. 99: “è responsabile di un reato colposo, ai sensi dell'art. 43 c.p., il sindaco che, tempestivamente informato di una situazione di pericolo esistente in una piscina comunale in conseguenza dell'accertato danneggiamento della recinzione, con la possibilità che estranei e specialmente bambini vi entrino facilmente, si limiti a dare al tecnico comunale un impersonale ed indiretto incarico a provvedere alle opere necessarie per eliminarla, omettendo di vigilare in prima persona perché le opere delegate siano effettivamente eseguite (nella fattispecie un bambino di tre anni e mezzo era morto annegato nella piscina, dove era arrivato, passando attraverso un varco, privo di qualsiasi protezione, aperto lungo il muro di cinta della stessa).

<sup>299</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 15 gennaio 2008, n. 36475, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.-Antologia*, 2008, p. 448, ed in *Foro it.*, Rep. 2008, voce cit., n. 46.

Quanto all'ampiezza dell'obbligo di intervento del sindaco in relazione alle molteplici situazioni di pericolo che possono caratterizzare il territorio di competenza, una pronuncia piuttosto datata<sup>300</sup> ha escluso che possa configurarsi in capo al rappresentate del comune un obbligo generalizzato di protezione dell'incolumità individuale dei cittadini da qualsiasi pericolo derivante dal territorio amministrato. Per la corte non è ipotizzabile un generico obbligo di controllo dei pericoli nascenti dal territorio "i cui assetti possono essere i più vari e possono anche derivare da conformazioni naturali o da caratteristiche urbanistiche stratificatesi e risalenti «ad immemorabili» ed, in taluni casi, addirittura meritevoli di conservazione". Ciò non significa affatto che sul sindaco non gravi alcun obbligo di protezione, ma esso deve essere espressamente sancito da specifiche norme. A tal proposito, per la Corte, "quanto alle strade ed alle pertinenze di esse destinate al transito ed alla sosta dei veicoli e pedoni è previsto dalla legge (art. 28 L. 20.3.1865 n. 2248) a carico dell'Ente proprietario l'obbligo della manutenzione, rientrante, perciò, nelle funzioni della P.A. che vi provvede secondo il suo insindacabile apprezzamento e nell'interesse generale, compatibilmente con le disponibilità finanziarie e con l'unico obbligo di garantire la sicurezza dei cittadini in ossequio al principio fondamentale del «*neminem laedere*» che si pone come limite generale esterno alla discrezionalità amministrativa e che non esime la P.A. dall'obbligo di protezione ogni volta che il territorio comunale destinato al transito ed alla sosta dei veicoli e pedoni (secondo il concetto lato accolto dall'art. 1 del C.d.S.) presenti una insidia o un trabocchetto che sia pericolo per l'incolumità degli utenti i quali facciano ragionevole affidamento sulla sua regolarità"<sup>301</sup>. In tali casi, secondo il Supremo Collegio, il sindaco è tenuto a porre rimedio alla situazione di pericolo eliminandone la fonte od anche apprestando adeguate protezioni, ripari, cautele ed opportune segnalazioni fino ad interdire l'uso della strada o di altro spazio con l'esercizio dei poteri ordinatori in via contingibile ed urgente.

---

<sup>300</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 1998, n. 478 in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>301</sup> In questa pronuncia, risalente al 1998, l'orientamento della corte è ancora fortemente condizionato dalla giurisprudenza civilistica che limitava l'obbligo di garanzia alle sole ipotesi di insidia e trabocchetto facendo per il resto leva sull'autoresponsabilità dell'utente quanto a situazioni prevedibili ed evitabili.

Infine, sempre con riferimento alle potenziali responsabilità del sindaco, merita un accenno l'ipotesi in cui questi deleghi le funzioni relative alla sicurezza della circolazione stradale e del territorio ad un assessore. In tal caso, secondo la giurisprudenza di legittimità, “la delega operata dal sindaco nei confronti di un assessore, in quanto delega di poteri pubblici, trasferisce al medesimo tutti i suoi poteri con i connessi obblighi riguardanti il ramo dell'amministrazione che viene delegato (nella specie, è stata esclusa la responsabilità del sindaco per il delitto di lesioni colpose, subite da un minore caduto da un muro delimitante lavori di scavo per conto del comune)”<sup>302</sup>.

#### *10. Il dirigente dell'ufficio tecnico comunale.*

Si è già anticipato come la nomina dei responsabili degli uffici dei servizi in cui si articola l'organizzazione dell'ente locale sia competenza del sindaco o, nell'ente provincia, del presidente di quest'ultima. Parimenti, è compito sempre del sindaco l'attribuzione e la definizione degli incarichi dirigenziali nel rispetto delle modalità e dei criteri dettati dal testo unico degli enti locali, nonché dallo statuto e dai regolamenti degli enti con particolare riferimento al regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi<sup>303</sup>.

In base alla disciplina introdotta dal disposto di cui all'art. 109 d.lgs. 267/2000, gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato con provvedimento motivato secondo criteri di competenza professionale. Gli incarichi in questione sono definiti in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco o del presidente della provincia e sono revocati in caso di inosservanza delle direttive del sindaco o del presidente della provincia, della Giunta o dell'assessore di riferimento, o in caso di mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi assegnati

---

<sup>302</sup> Cass. Pen, Sez. IV, 29 settembre 1989, in *Riv. pen.*, 1990, p. 777.

<sup>303</sup> In questo senso, come detto, dispone l'art. 50, comma 10, del testo unico degli enti locali di cui al d.lgs. 267/2000.

oppure, ancora, per responsabilità particolarmente grave o reiterata e negli altri casi disciplinati dai contratti collettivi di lavoro<sup>304</sup>.

Ai dirigenti spetta la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti dell'ente che a loro volta si uniformano al principio già rappresentato secondo cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.

Sulla scorta dell'art. 107 del d.lgs. 267/2000, spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale<sup>305</sup>.

Per quanto può qui rilevare per eventuali addebiti di responsabilità per carenze in termini di sicurezza delle strade e dei luoghi pubblici, sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dagli organi politici, tra i quali in particolare:

- a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso;
- b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso;
- c) la stipulazione dei contratti;
- d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa;
- e) gli atti di amministrazione e gestione del personale;
- f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie;

---

<sup>304</sup> Sul punto cfr. la disciplina di cui all'art. 109 d. lgs. 267/2000.

<sup>305</sup> Per le competenze del segretario comunale cfr. art. 97 d.lgs. 267/2000, mentre per quelle facenti capo al direttore generale, laddove nominato dal sindaco, cfr. art. 108 d. lgs. 267/2000.

g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale;

h) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza;

i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco.

Le attribuzioni dei dirigenti possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.

I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione.

Nei comuni più piccoli, in cui di regola non è presente personale di qualifica dirigenziale, le funzioni di cui sopra possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, direttamente ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione.

Con specifico riferimento al dirigente o responsabile dei servizi tecnici dell'ente, su di esso grava l'obbligo giuridico di garantire la sicurezza dei cittadini in relazione alla fruizione delle strade comunali e più in generale dei beni di cui il comune è custode. Le regole cautelari in cui si sostanzia tale obbligo di garanzia vanno individuate nel generale impegno ad evitare situazioni di pericolo attraverso un adeguato controllo sullo stato delle strade comunali e un'adeguata opera di manutenzione<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> L'assunto è da ultimo rinvenibile in Cass. Pen., Sez. IV, 16 febbraio 2011, n. 13775, in *dejure.giuffrè.it*, ma cfr. anche Cass. Pen., Sez. IV, 15 gennaio 2008, n. 36475 in *Riv. giur. circolaz. e trasp.-Antologia*, 2008, p. 448. Va ad ogni modo osservato come i giudici di legittimità non delineino con la dovuta chiarezza quale sia l'obbligo di garanzia e quali le norme cautelari da osservarsi per evitarne violazioni colpose. Spesso – e così anche nella citata sentenza – si tende ad identificare l'obbligo di garanzia con la norma di diligenza. Ciò determina una deprecabile svalutazione del momento formale dell'obbligo di garanzia. Attraverso il mero richiamo a favore di norme cautelari generiche si scivola verso violazioni del principio di legalità in relazione alla

L'obbligo di controllo della fonte di pericolo rappresentata dalla strada fa capo "al dirigente, già in virtù di tale rapporto con la persona giuridica nell'ambito della quale egli è inserito", "senza bisogno che al riguardo vi sia una specifica delega, già evidentemente insita nella stessa attribuzione di quelle funzioni e mansioni"<sup>307</sup>.

A fronte di suddetta imputazione di responsabilità, un'argomentazione piuttosto ricorrente nelle difese dei vertici dell'ufficio tecnico attiene all'estensione della rete viaria. Spesso, infatti, le difese degli imputati cercano di evitare l'addebito di responsabilità penali in capo al dirigente asserendo che le dimensioni del Comune non consentirebbero un controllo millimetrico tale da rilevare ed affrontare ogni imperfezione delle infrastrutture stradali. La questione, certamente degna di considerazione, evoca in giudizio profili propri della *suitas* della condotta. Solleva cioè dubbi circa la reale appartenenza della condotta omissiva al soggetto agente invero materialmente impossibilitato ad agire diversamente. La medesima questione potrebbe però, secondo una diversa impostazione dogmatica dell'istituto della forza maggiore a cui essa è in ultima istanza riconducibile, essere inquadrata nell'ambito della colpevolezza<sup>308</sup>, nel senso che il fatto non sarebbe rimproverabile al soggetto agente in ragione della sua inevitabilità e della non esigibilità di una condotta diversa.

La risposta della giurisprudenza<sup>309</sup> a simili argomentazioni è stata tuttavia piuttosto netta e decisamente negativa. I giudici di legittimità hanno infatti ritenuto "solo suggestivo [è] l'argomento basato sulle dimensioni del Comune, risultando il principio [secondo cui la colpevolezza pretende violazione della regola cautelare e la prevedibilità ed evitabilità dell'evento] indistintamente applicabile" a prescindere dall'ampiezza del territorio di competenza. Quest'ultima potrà al più rilevare, secondo la corte, "per l'individuazione del soggetto in concreto responsabile", nel senso che l'estensione del territorio

---

fonte dell'obbligo di garanzia. Non di rado, le pronunce sul punto mancano dei necessari riscontri giuridici che ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. devono essere sottesi alla posizione di garanzia.

<sup>307</sup> In questi termini, Cass. Pen. Sez. IV, 18 aprile 2005, n. 31302, in *dejure.giuffrè.it* secondo cui il compito di manutentare le strade e garantire la sicurezza è "naturalmente proprio" del dirigente.

<sup>308</sup> Cfr. sul punto, l'inquadramento dogmatico dell'istituto della forza maggiore di cui *supra* p. 111 ss.

<sup>309</sup> Il riferimento è qui a Cass. Pen., Sez. IV, 7 aprile 2011, n. 13775, in [http://www.rivistagiuridica.aci.it/index.php?id=851&doc=4380&no\\_cache=1](http://www.rivistagiuridica.aci.it/index.php?id=851&doc=4380&no_cache=1).

inciderà sulla norma cautelare facendola passare da una personale e diretta vigilanza sul territorio ad un obbligo di approntamento di un sistema efficiente e vieppiù articolato di controllo. Tutto ciò si collega alla natura fluida e sostanzialmente atipica della condotta omissiva, legata più al caso concreto che a schemi precostituiti.

La corte riconduce quindi la questione dell'estensione territoriale sul piano della colpevolezza affermandone la persistenza ancorché sulla scorta di una regola cautelare adattata alla concretezza della situazione.

Quanto sopra non deve comunque condurre ad una automatica attribuzione di responsabilità penale in capo al responsabile dei servizi tecnici ogni qualvolta si verifica una lesione o morte da insidia stradale. La medesima giurisprudenza ha infatti sottolineato<sup>310</sup> che è principio non controverso e condivisibile, quello secondo cui, in tema di reato colposo, l'applicazione del principio di colpevolezza esclude qualsivoglia automatico addebito di responsabilità, a carico di chi pure ricopre la posizione di garanzia, imponendo la verifica in concreto della violazione da parte di tale soggetto della regola cautelare (generica o specifica) e della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare mirava a prevenire (la c.d. "concretizzazione" del rischio). Infatti, l'individualizzazione della responsabilità penale impone di verificare non soltanto se la condotta abbia concorso a determinare l'evento (ciò che si risolve nell'accertamento della sussistenza del "nesso causale") e se la condotta sia stata caratterizzata dalla violazione di una regola cautelare (generica o specifica) (ciò che si risolve nell'accertamento dell'elemento soggettivo della "colpa"), ma anche se l'autore della stessa (nella specie, il titolare della posizione di garanzia in ordine al rispetto della normativa precauzionale che si ipotizzava produttiva di evento lesivo mortale: qui, il dirigente comunale addetto a curare la manutenzione delle strade) potesse "prevedere" ex ante quello "specifico" sviluppo causale ed attivarsi per evitarlo. In quest'ottica ricostruttiva, occorre poi ancora chiedersi se una condotta appropriata (il cosiddetto comportamento alternativo lecito) avrebbe o meno "evitato" l'evento: ciò in quanto si può formalizzare l'addebito solo quando il comportamento diligente avrebbe certamente evitato l'esito

---

<sup>310</sup> Vedasi riferimento in nota n. 309.

antigiuridico o anche solo avrebbe determinato apprezzabili, significative probabilità di scongiurare il danno.

### *11. Altri soggetti responsabili: l'appalto.*

Non di rado il reato oggetto del presente studio vede imputati anche soggetti estranei alla pubblica amministrazione. Soggetti non incardinati nella struttura dell'ente proprietario della strada<sup>311</sup>, ma non per questo esonerati da responsabilità per inefficienze e carenze dell'infrastruttura in qualche misura legate al loro operato. Il riferimento è all'insorgere di obblighi di garanzia sulla scorta di fonti negoziali: più precisamente in ragione di contratti d'appalto tra l'ente proprietario, originario garante, ed imprese dedite ad opere e manutenzioni stradali. In questi casi, nasce l'esigenza di approfondire l'ambito di responsabilità penale di cui viene a farsi carico l'impresa e l'eventuale responsabilità che residua in capo all'ente proprietario della strada appaltante.

Diverso invece è il caso del completo trasferimento della gestione della strada in capo ad un soggetto terzo in forza di un provvedimento normativo o concessorio. In tale ipotesi<sup>312</sup> il concessionario si sostituisce infatti in tutto e per tutto all'ente proprietario, come peraltro esplicitamente disposto dall'art. 14, comma 3, c.d.s. secondo cui “per le strade in concessione i poteri e i compiti dell'ente proprietario della strada previsti dal presente codice sono esercitati dal concessionario, salvo che sia diversamente stabilito”. In tale evenienza, al completo trasferimento di poteri e compiti consegue anche il passaggio di consegne quanto ai connessi obblighi di garanzia con sostanziale esonero dell'ente proprietario da ogni responsabilità.

Tornando invece all'ipotesi del contratto d'appalto, possono configurarsi due situazioni diverse. Talvolta, infatti, l'affidamento in appalto attiene all'apertura di cantieri stradali per lavori di asfaltatura, allargamento della

---

<sup>311</sup> Cfr. tra le tante Cass. Pen., Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8838; Cass. Pen., Sez. IV, 8 febbraio 2008, n. 6267; Cass. Pen., Sez. IV, 5 giugno 2007, n. 37589; Cass. Pen., Sez. IV, 9 dicembre 2008, n. 4119, tutte in *dejure.giuffrè.it*

<sup>312</sup> Il caso più frequente è quello delle tratte autostradali affidate in concessione alla diverse società di gestione.

carreggiata, sostituzione della segnaletica, riparazione o implementazione dei sottoservizi, modificazione dell'infrastruttura, rifacimento dei marciapiedi o interventi simili<sup>313</sup>; talaltra, invece, si verte su contratti tesi ad affidare all'esterno dell'ente proprietario l'attività di sorveglianza e manutenzione ordinaria di porzioni della rete viaria comunale<sup>314</sup>.

Nel primo caso gli eventi illeciti sono perlopiù legati a condotte negligenti o imperite dell'impresa appaltatrice che danno luogo a forme commissive di responsabilità colposa facilmente riconducibili ai soggetti operanti nell'ambito dell'impresa appaltatrice (es. direttore tecnico, legale rappresentante, capo cantiere, ecc.). In tali evenienze – fermo quanto di seguito precisato in merito al principio di affidamento e alla residuale responsabilità dell'ente proprietario in caso di conoscenza del pericolo – gli aspetti di maggior coinvolgimento per quest'ultimo attengono ai profili autorizzatori relativi all'apertura e alla conduzione del cantiere ed ancor di più alle valutazioni tecniche in merito alla più opportuna disciplina dell'eventuale circolazione stradale. Non va infatti dimenticato che – soprattutto laddove la circolazione continui in qualche modo ad essere consentita – sull'ente proprietario permane l'obbligo giuridico di garantirne la sicurezza, intervenendo sull'operato dell'impresa appaltatrice con gli strumenti opportunamente previsti nell'ambito del contratto d'appalto oppure attraverso i provvedimenti autoritativi e sanzionatori disciplinati dal codice della strada. In *primis*, è in ogni caso onere e responsabilità dell'ente proprietario valutare la compatibilità tra l'intervento da realizzarsi e il mantenimento della circolazione veicolare e/o pedonale disciplinando opportunamente quest'ultime ai sensi degli art 6 e 7 c.d.s. e dettando congrue prescrizioni all'impresa nel contesto del titolo autorizzativo all'apertura del cantiere di cui all'art. 21 c.d.s.

Nel caso dell'affidamento all'esterno dell'ente, ad imprese terze, dei lavori di sorveglianza e manutenzione ordinaria di porzioni della rete viaria, si assiste invece, non tanto alla creazione di nuove situazioni di pericolo con eventuale residuale responsabilità concrete dell'ente proprietario, quanto piuttosto ad un

---

<sup>313</sup> Cfr. Cass. Pen, Sez. IV, 9 dicembre 2008, n. 4119 in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>314</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 28 aprile 2011, n. 32126; Cass. Pen., Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8838; Cass. Pen., Sez. IV, 8 febbraio 2008, n. 6267; Cass. Pen, Sez. IV, 5 giugno 2007, n. 37589, tutte in *dejure.giuffrè.it*.

tendenziale trasferimento degli obblighi di garanzia, normativamente gravanti sull'ente proprietario, in capo all'impresa appaltatrice. L'esternalizzazione della sorveglianza e manutenzione stradale si presenta con maggior frequenza nelle grandi città metropolitane, piuttosto che nei piccoli centri, poiché nelle prime maggiori sono le difficoltà di controllo e manutenzione di reti viarie complesse, articolate e, soprattutto, soggette ad un uso intenso. In queste ipotesi, Va osservato come lo strumento negoziale – abilitato dalla giurisprudenza che si è occupata delle materia a trasferire la posizione di garanzia dall'ente proprietario ed originario garante all'impresa affidataria dell'appalto – importi una forte deresponsabilizzazione dell'autorità pubblica, peraltro già facilmente esonerata da responsabilità risarcitorie in forza delle opportune coperture assicurative per la responsabilità civile verso terzi dalla stessa sottoscritte.

I giudici di legittimità non hanno dubbi sul fatto che il contratto con cui vengono appaltati interventi sull'infrastruttura stradale determini l'insorgere di una posizione di garanzia in capo al soggetto a cui sono affidati i lavori o l'incarico di sorvegliare e mantenere in via ordinaria porzioni della rete viaria<sup>315</sup>. Sul punto il Supremo collegio ha infatti chiarito che “tra le fonti dell'obbligo di garanzia, tali da potere fondare la responsabilità omissiva ex art. 40, comma 2, c.p., rientrano - oltre che le norme di legge - anche le fonti convenzionali, tra le quali è certamente da ricomprendere un contratto tipico, come quello di appalto (cfr. in generale Sez. IV, 22 maggio 2007, Conzatti; nonché, Sez. III, 22 settembre 2004, Lilli ed altro)”<sup>316</sup>. Nondimeno, per la Corte “Ciò che rileva ovviamente per l'operatività dell'obbligo di garanzia, quale che sia la fonte a cui il medesimo si riconduce, è che, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, vi sia stata la concreta assunzione da parte del garante dei poteri-doveri impeditivi non solo giuridici, ma anche fattuali dell'evento dannoso o pericoloso (cfr. la citata sentenza Conzatti)”<sup>317</sup>.

L'obbligo di garanzia che insorge sull'appaltatore è peraltro insensibile all'eventuale contemporanea presenza di altri obbligati con cui può tutt'al più

---

<sup>315</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8838 e Cass. Pen., Sez. IV, 8 febbraio 2008, n. 6267 entrambe in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>316</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 8 febbraio 2008, n. 6267 in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>317</sup> Si veda nota precedente

condividere la responsabilità dell'evento in termini di concorso di persone nel reato. Ciò, ovviamente, solamente laddove la concreta ricostruzione dei fatti dia conto del contributo causale, ancorché concorrente, dell'impresa affidataria dei lavori<sup>318</sup>.

In generale, a favore dell'ente proprietario opera il cosiddetto principio di affidamento secondo cui ogni consociato può e deve confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta viene in questione. Ciò significa che una volta affidato l'intervento ad un'impresa che si presenti e risulti essere qualificata per lo svolgimento della specifica attività, verificato che la stessa conosce le regole da seguire affinché quell'intervento sia svolto senza inconvenienti e definiti, infine, i rispettivi oneri e obblighi, l'ente proprietario non è più tenuto ad una puntuale e capillare vigilanza sull'opera svolta dall'appaltatore<sup>319</sup>.

Tuttavia, i giudici di legittimità tendono a non deresponsabilizzare del tutto l'ente proprietario, bensì a trasformare il merito del suo obbligo di garanzia da un dovere di puntuale manutenzione della rete viaria ad un dovere di intervento laddove sia messo a conoscenza di situazioni di potenziale pericolo non adeguatamente e tempestivamente affrontate dall'impresa appaltatrice. In questo modo, si mira a mantenere viva e ai massimi livelli l'attenzione di tutti gli attori della sicurezza della circolazione stradale.

---

<sup>318</sup> Cfr., ancora, Cass. Pen., Sez. IV, 8 febbraio 2008, n. 6267 in *dejure.giuffrè.it* in cui il Collegio respinge il tentativo della difesa di giungere ad una assoluzione dell'impresa affidataria dei lavori di manutenzione imputando la responsabilità dell'omissione ad altra aziende analogamente obbligata ad operare in quel tratto di strada affermando come sia "evidente che l'accertamento di eventuali comportamenti colposi di terzi nella determinazione dell'evento non avrebbero escluso la violazione della posizione di garanzia assunta dal M., con la conseguenza che la responsabilità penale di altri non sarebbe valsa ad escludere, alla luce della ricostruzione dei fatti operata dai giudici di merito, in questa sede non censurabile, quella del prevenuto". Negli stessi termini anche Cass. Pen., Sez. IV, 28 aprile 2011, n. 32126 e Cass. Pen., Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8838 entrambe in *dejure.giuffrè.it*.

<sup>319</sup> Cfr., con specifico riferimento all'appalto di lavori stradali, Cass. Pen., Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8838, in *dejure.giuffrè.it*. Sul punto merita peraltro di esser richiamata anche una pronuncia piuttosto risalente che ha escluso la responsabilità del sindaco nel caso di affidamento di lavori in appalto ad una ditta "L'appalto di lavori per l'esecuzione di opere pubbliche a terzi estranei alla p.a., trasferisce a questi ultimi sia la responsabilità inerente all'esecuzione dei lavori sia quella riguardante i danni che da tali lavori vengono arrecati a terzi (nella specie, è stata esclusa la responsabilità del sindaco per il delitto di lesioni colpose, subite da un minore caduto da un muro delimitante lavori di scavo eseguiti da estranei per conto del comune)." in *Riv. pen.*, 1990, 788.

I giudici di legittimità hanno dunque affermato come “Occorre in proposito rammentare che, in caso di appalto, il pubblico amministratore committente non perde, con la consegna dell’opera all’appaltatore, gli obblighi di custodia e di vigilanza, giacché conserva pur sempre un onere di controllo e di garanzia, che può essere fonte di responsabilità, in caso di inosservanza, allorché ricorrano i seguenti presupposti: la conoscenza del pericolo, l’evitabilità dell’evento lesivo e l’omesso intervento per l’eliminazione del pericolo”<sup>320</sup>.

“Ne deriva che il pubblico amministratore, avuta conoscenza della condizione di pericolo (nell’assolvimento degli obblighi di controllo a cui è tenuto) non può assumere un atteggiamento omissivo, a fronte della eventuale inerzia ovvero della impossibilità concreta di agire sollecitamente da parte dell’appaltatore, ma, essendo del resto dotato di poteri autoritativi, deve, o intervenire direttamente, tramite personale da lui incaricato, per eliminare la fonte del pericolo stesso, ovvero apprestare adeguate protezioni, ripari, cautele ed opportune segnalazioni, in modo da impedire l’uso dell’area pericolosa da parte dei privati”<sup>321</sup>.

In conclusione, l’ente pubblico proprietario della strada, benché si avvalga di soggetti terzi per adempiere ai propri obblighi a favore della sicurezza delle strade, rimane comunque il garante ultimo della stessa.

---

<sup>320</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 5 giugno 2007, n. 37589 in *dejure.giuffrè.it*. Il caso di cui si è occupata la Corte di Cassazione attiene ad un grave sinistro stradale che aveva visto coinvolta una giovane, allorché, alla guida di un ciclomotore, nel percorrere un sottovia, a causa di un dislivello tra due tombini di circa 5 centimetri rispetto alla superficie stradale, perdeva l’equilibrio e cadeva al suolo, riportando un trauma cranico con esito mortale. Del fatto era chiamato a rispondere anche il dirigente del comune, peraltro anche direttore dei lavori nell’ambito del contratto di appalto stipulato dall’ente per la sorveglianza e la manutenzione delle opere d’arte stradali di rilievo (ponti, cavalcavia, sottovia, sottopassaggi ed opere simili). A carico di questi venivano ravvisati profili di colpa generica, in particolare perché, in violazione dell’obbligo di garanzia incombente per legge sul Comune, in quanto proprietario della sede stradale, ed in violazione dell’obbligo di garanzia autoassunto per effetto di precedenti autonome iniziative di sorveglianza, ometteva di controllare adeguatamente lo stato della sede stradale ed il rispetto delle prescrizioni inerenti la pavimentazione. Conseguentemente ometteva di fornire istruzioni e di prescrivere alla ditta appaltatrice l’esecuzione dei lavori per l’eliminazione dello stato di pericolo scaturente dalla presenza dei due tombini non allineati al piano stradale e comunque ometteva di controllare l’esatto adempimento da parte della ditta appaltatrice dell’obbligo di sorvegliare tutta la zona dei lavori. Cfr., negli stessi termini anche, Cass. Pen., Sez. IV, 29 novembre 2005, n. 14180 in *dejure.giuffrè.it*

<sup>321</sup> Il riferimento è sempre Cass. Pen. Sez. IV, 5 giugno 2007, n. 37589 in *dejure.giuffrè.it*.



## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI A., in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003.

AMARA G., *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 2797 ss.

ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.

ANTOLISEI F., *Parte generale*, edizione aggiornata ed integrata a cura di L. CONTI, Milano, 2003.

BELTRANI S., *Corso di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2009.

BETTIOL G.–PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale: parte generale*, Padova, 1986.

BONA M., *La responsabilità civile dei custodi delle strade pubbliche. La nuova giurisprudenza di legittimità e di merito*, Milano, 2007.

BONINI S., *Soggetti penalmente responsabili all'interno dell'impresa e delega di funzioni alla luce dei d.lgs. n. 626 del 1994 e n. 242 del 1996 in materia di sicurezza del lavoro*, in *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, a cura di L. MONTUSCHI, Torino, 1997.

BOSCARELLI M., *Compendio di diritto penale: parte generale*, Milano, 1991.

BRAMANTE N., *La «spersonalizzazione» nelle organizzazioni complesse e la difficile individuazione dei soggetti penalmente responsabili. Teorie formale e funzionale a confronto*, in <http://www.diritto.it/pdf/23556.pdf>.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, II, Padova, 1988.

CADOPPI A.– ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001.

CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2005.

CONTENTO G., *Corso di diritto Penale*, Bari, 2004.

CONTI L., *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Libro V, Bologna-Roma, 2004.

DELLA BELLA A., *Il nesso di causalità. Appunti della relazione del 12.11.08*, in [media.camerapenalemilano.it/200811/2886.pdf](http://media.camerapenalemilano.it/200811/2886.pdf).

DI LECCE M., *Relazione*, in *Responsabilità penale in materia di lavoro nelle aziende*, in *Atti del convegno di Parma 5 giugno 1981*, a cura di A. CESSARI – A. LANZI – T. PADOVANI, Milano, 1982.

FIANDACA G.– MUSCO E., *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2006.

FIANDACA G., *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Digesto pen.*, II, Torino, 1988.

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

FIANDACA G., *Omissione (diritto penale)*, in *Digesto penale*, VIII, Torino, 1994.

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

FUGGETTI C., *La delega di funzioni*, in *Commentario sistematico al codice penale, Il Reato, Struttura del fatto tipico, presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale, il requisito dell'offensività del fatto*, a cura di M. RONCO, Bologna, 2007.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, Torino, 2007.

GIUNTA F. – LUBINO G. – MICHELETTI D. – PICCIALLI P. – PIRAS P. – SALE C., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011.

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

GRASSO G., *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. Pen.*, 1982.

LA ROCCA P., *Il regime giuridico delle strade provinciali, comunali, vicinali, private*, Santarcangelo di Romagna (RM), 2006.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

LICCI G., *Figure del diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, Torino, 2008.

LORÈ C. – MARTINI P., *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2001.

MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977.

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2006.

MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.

MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale. (Fenomenologia causale nella responsabilità penale per omissione)*, Padova, 2002.

NAPPI A., *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cass. Pen.*, 2004.

PADOVANI T., *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI con il coordinamento scientifico di G. DE FRANCESCO e G. FIDELBO, Milano, 2011.

PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1990.

PADOVANI T., *Diritto Penale*, Milano, 2002.

PADOVANI T., *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1979.

PADOVANI T., *Relazione*, in *Responsabilità penale in materia di lavoro nelle aziende*, in *Atti del convegno di Parma 5 giugno 1981*, a cura di A. CESSARI – A. LANZI – T. PADOVANI, Milano, 1982.

PAGLIARO A., *Il reato: parte generale*, Milano, 2007.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2003.

PAGLIARO A., *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. Pen.*, 1985.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2006.

PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962.

POTETTI D., *Individuazione del soggetto penalmente responsabile all'interno delle strutture complesse, con particolari considerazioni per le strutture sanitarie*, nota a Cass. Pen., Sez. IV, 11 dicembre 2002, n. 4827, in *Cass. Pen.*, 2004.

PROTOSPATARO G., in *Codice della strada commentato*, AA.VV. con il coordinamento di G. PROTOSPATARO, Forlì, 2008.

PULITANÒ D., *L'articolazione delle posizioni di garanzia all'interno di organizzazioni complesse*, in *Incontri di studio del CSM*, <http://astra.csm.it/incontri/corso.php>, Roma, 2003 e in <http://www.ipasvi.torino.it/LinkClick.aspx?fileticket=e%2fN3cw1g1Kk%3d&tabid=759>.

PULITANÒ D., *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Giu. Lav.*, 1982.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004.

RONCO M.– ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice Penale Ipertestuale*, Milano, 2007.

RONCO M., *Commentario sistematico al codice penale. Il Reato. Struttura del fatto tipico, presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale, il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007.

SALE C., *La condotta medica tra azione e omissione*, Nota a Cass. pen., Sez. IV, 16 giugno (22 luglio) 2011, Luvarà, n. 29476, in [http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0/-/-/1084-la\\_condotta\\_medica\\_tra\\_azione\\_e\\_omissione/](http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0/-/-/1084-la_condotta_medica_tra_azione_e_omissione/), 2011.

SECCI M., *La ripartizione della responsabilità penale per gli infortuni sul lavoro e il problema della esigibilità del controllo*, in Riv. it. dir e proc. pen., 1977.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

STELLA F., *Rapporto di causalità*, in Enc. Giuridica, vol. XXV, Roma, 1991.

STORTONI L., *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1971

TALICE C., voce *Strade*, in Enc. dir., XLIII, Milano, 1990.

VENAFRO E., *Reato proprio*, in Dig. Disc. Pen., XI, Torino, 1996.

VIGANÒ F., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in Corr. merito, 2006.

*Bibliografia*

ZAINA C. A., *Responsabilità penale per incidente stradale determinato da buche sulla strada*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=40773>.