

LEXAMBIENTE

RIVISTA TRIMESTRALE
DI DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE
ISSN 2612-2103



NUMERO 2\2020

- Pandemie e perdita di habitat: quale il nesso? di R. CABRINI - E. MORI - F. BOZZEDA
- La responsabilità per omesso impedimento di reati in materia edilizia e ambientale: un contributo allo studio delle posizioni di garanzia nella giurisprudenza di R. GERMANO
- L'inquinamento luminoso approda in Cassazione di R. BONFANTI
- L'imputazione della responsabilità degli enti nei reati ambientali di G. LIBERATI
- La legittimità costituzionale dell'art. 452-quaterdecies, ult. co., c.p. e il suo rapporto con l'art. 452-undecies c.p. di C. INGRAO
- Confisca urbanistica e prescrizione del reato di lottizzazione abusiva. Dal consolidamento della condanna "in senso sostanziale" all'interpretazione estensiva dell'art. 578-bis c.p.p. di M. PIERDONATI
- FOCUS "La legge sugli ecoreati 5 anni dopo: un primo bilancio" con M. CATENACCI - P. FIMIANI - R. LOSENGO - A. MANNA



La responsabilità per omesso impedimento di reati in materia edilizia e ambientale: un contributo allo studio delle posizioni di garanzia nella giurisprudenza

The criminal liability for not preventing environmental crimes: a contribution to the study of duties to act according to the jurisprudence

di Riccardo GERMANO

Abstract. Nell'articolo si presentano alcuni indirizzi giurisprudenziali in materia di omesso impedimento di reati edilizi e ambientali. Si riportano, poi, le osservazioni della dottrina in tema. Infine, si sviluppano considerazioni personali che coinvolgono il tema della legalità penale.

Abstract. The article includes some jurisprudential approaches on criminal liability for not preventing illegal constructions and environmental crimes. Then comments from the scholars are reported. Eventually, personal considerations are made about the legality in criminal law.

Parole chiave: illeciti ambientali; reati omissivi; posizione di garanzia

Key words: environmental crimes; omission offences; duty to act



SOMMARIO: 1. La giurisprudenza in materia di omesso impedimento di reati edilizi e ambientali: la posizione di garanzia del proprietario/locatore del terreno. – 2. Le posizioni di garanzia degli amministratori pubblici, sindaci o funzionari ARPA. – 3. Osservazioni varie. – 4. La “pressione del caso” sul diritto e la legalità penale: le incertezze teoriche e pratiche della responsabilità penale per omesso impedimento del reato.

1. La giurisprudenza in materia di omesso impedimento di reati edilizi e ambientali: la posizione di garanzia del proprietario/locatore del terreno.

Rilievo via via crescente nella casistica ha avuto la contestazione di una posizione di garanzia in capo al proprietario¹, comproprietario, titolare di altro diritto reale² o locatore di un terreno per i reati in materia edilizia e ambientale realizzati da altri sul medesimo³ (in un caso, addirittura, realizzati *aliunde*, cioè in un torrente adiacente al terreno)⁴. Fra queste fattispecie, a titolo esemplificativo, si ricordano: le violazioni urbanistiche *ex art. 44*, comma 1, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380; le attività di gestione dei rifiuti non autorizzate (artt. 256 e 260 d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152); l'omessa bonifica dei siti (art. 257 d. lgs. n. 152/2006); l'esercizio di attività senza l'autorizzazione alle emissioni in atmosfera *ex art. 279*, comma 1, d. lgs. n. 152/2006.

Nonostante le fattispecie prese in considerazione siano perlopiù contravvenzionali, dunque realizzabili indifferentemente per colpa o dolo (art. 42, comma 4, c.p.), le condotte criminose *non* impedito, nell'assoluta maggioranza dei casi, risultano realizzate intenzionalmente⁵. A ciò si aggiunga il dato per cui in questa materia le posizioni di garanzia sembrano emergere come

¹ Parallelamente, nella “pratica amministrativa” si è osservata la (paradossale) tramutazione del ruolo del proprietario del terreno, da “vittima” a “colpevole dell'evento dannoso”: S. NESPOR, *Vittima o colpevole? Sulla responsabilità del proprietario per discarica abusiva nel suo fondo*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1996, p. 729.

² In astratto potrebbero venire in rilievo anche le posizioni giuridiche del nudo proprietario e dell'usufruttuario; *contra*, richiedendo la presenza di indizi di un effettivo concorso morale o materiale, a titolo esemplificativo: Cass., Sez. III, 18 ottobre 2019, n. 7389, in *Lexambiente*, 4 marzo 2020.

³ Recenti rassegne della giurisprudenza in argomento in: E. LA ROSA, *Proprietario dell'immobile e obbligo d'impedimento di altrui reati: verso una responsabilità penale di posizione in materia ambientale?*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1627-1628; L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente. I principi fondamentali. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, 2^a ed., La Tribuna, Piacenza, 2017, pp. 54-55. Per una rassegna più risalente, v. A. MONTAGNA, *La individuazione delle posizioni di garanzia quale ulteriore strumento di tutela ambientale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2004, p. 621 ss.

⁴ In tal caso la Corte di cassazione annullò la sentenza di merito: Cass., Sez. III, 9 dicembre 2013, n. 49327, in *Riv. Giur. Amb.*, 2014, p. 355, con nota di A. L. VERGINE, *Sulla singolare posizione di garanzia del proprietario del fondo che deve recintarlo per evitare che qualcuno lo attraversi e poi commetta un reato (ambientale)*.

⁵ Lo rileva anche, in relazione alle contravvenzioni in materia urbanistica, A. SCARCELLA, *Obbligo giuridico di impedire l'evento e responsabilità del proprietario ex art. 41 Cost.*, in *Urb. e Appalti*, 2009, p. 1392.



obblighi di impedire reati e non come semplici obblighi di impedire eventi *tout court*, ancorché “frammenti” di reati realizzati da terzi.⁶

In tema di costruzione di manufatti abusivi, si sono contesi due indirizzi nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo indirizzo, più risalente, il proprietario sarebbe tenuto ad impedire il reato edilizio realizzato sul proprio terreno in virtù dell'art. 42, comma 2, Cost. o, alternativamente, dell'art. 41, comma 2, Cost. – laddove le due disposizioni pongono limiti alla proprietà privata e all'iniziativa economica, richiamando la funzione e l'utilità sociale, l'assenza di pregiudizi alla sicurezza, etc. –, nonché in virtù del precetto *neminem laedere ex art. 2043 c.c.*⁷ In sintesi: *a)* non si richiede la “specificità-specialità-determinatezza” della posizione di garanzia;⁸ *b)* la funzione “promozionale” del diritto penale è massimizzata, imputando al proprietario l'intero disvalore del reato realizzato materialmente da altri; *c)* emerge un'analogia con la responsabilità civile per il danno da fatto illecito omissivo (art. 2043 c.c.), laddove anche principi costituzionali (art. 2 Cost.) sono direttamente applicati, fondando doveri di agire.⁹

Ad avviso di un secondo indirizzo, ormai maggioritario, il proprietario non sarebbe tenuto ad impedire il reato edilizio realizzato sul proprio terreno, non ravvisandosi obblighi codificati in tal senso; il D.P.R n. 380/2001, all'art 29, individua come garanti il titolare della concessione edilizia, il committente, il costruttore, il direttore dei lavori,¹⁰ non il proprietario.¹¹ La stretta legalità penale osterebbe all'imputazione del reato per omesso impedimento, salvo poter valorizzare eventuali

⁶ Tale distinzione è accolta da: L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, cit., p. 1365 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., p. 327 ss., pur riconoscendo che talvolta l'obbligo di impedire reati si risolve in un obbligo di controllo. Riconosce che in taluni casi l'obbligo di impedire reati sia un semplice aspetto di un obbligo di protezione: D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 8^a ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 197. Nega l'autonomia del *tertium genus* (l'obbligo di impedire reati) rispetto agli obblighi di protezione e di controllo, ad esempio: M. PELISSERO, *Reati omissivi*, in C. F. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2017, pp. 218-219.

⁷ Per tutte, con riferimento all'art. 42, comma 2, Cost. e all'art. 2043 c.c., Cass., Sez. III, 12 luglio 1999, n. 12163, in *Leggi d'Italia*. Con precipuo riferimento all'art. 41, comma 2, Cost., Cass., Sez. IV, 3 febbraio 2009, n. 19714, in *Urb. e Appalti*, 2009, p. 1390, con commento di A. SCARCELLA, *Obbligo giuridico di impedire l'evento e responsabilità del proprietario ex art. 41 Cost.*, cit.

⁸C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Giuliano Marini, Edizioni Scientifiche Italiane*, Napoli, 2010, pp. 863-865.

⁹ A titolo esemplificativo: Cass. civ., Sez. III, 17 luglio 2014, n. 22344, in *Leggi d'Italia*; Cass. civ., Sez. III, 4 aprile 2006, n. 12111, *ivi*, che richiama «principi desumibili dall'ordinamento positivo».

¹⁰ Sul quale, peraltro, l'art. 29, comma 2, D.P.R n. 380/2001 pone espressamente un “obbligo di dissociazione” dalla condotta illecita da altri eventualmente commessa: Cass., Sez. III, 13 giugno 2019, n. 38479, in *Leggi d'Italia*.

¹¹ Così in relazione alla previsione di cui all'art.6 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, oggi trasfusa nell'art. 29 D.P.R n. 380/2001: Cass., Sez. III, 4 aprile 1997, n. 4997, in *Leggi d'Italia*. Si rammenta che, nella prassi, il proprietario del terreno spesso coincide col committente dei lavori sul medesimo: ragion per cui, ad avviso di alcuni, il legislatore non ha percepito la necessità di includere il proprietario nel catalogo dei garanti: A. SCARCELLA, *Obbligo giuridico di impedire l'evento e responsabilità del proprietario ex art. 41 Cost.*, cit.



indici di un effettivo concorso morale o materiale al reato (presentazione della domanda di condono edilizio; piena disponibilità giuridica e di fatto del suolo; rapporti di parentela o affinità col terzo; presenza *in loco* e svolgimento di attività di vigilanza nell'esecuzione dei lavori, etc.).¹²

Anche in tema di reati ambientali, si contendono due opposti orientamenti giurisprudenziali di legittimità.

Secondo un primo indirizzo, più consolidato, il proprietario non sarebbe responsabile per l'omesso impedimento dei reati in materia di rifiuti (salvo, nuovamente, poter valorizzare gli indici di un eventuale concorso morale o materiale)¹³, sussistendo la posizione di garanzia solo a carico del produttore e detentore dei rifiuti¹⁴ e non potendo, in ogni caso, tale obbligo rinvenirsi nell'inottemperanza all'ordinanza di rimozione, provvedimento successivo all'abbandono¹⁵. Si riporta un passo di una pronuncia particolarmente significativa: «[...] deve mettersi in evidenza che la responsabilità omissiva sancita nell'art. 40 cpv. trova fondamento nel principio solidaristico che ispira la Costituzione repubblicana, e in particolare nell'art. 2 (che richiede a tutti i soggetti l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale), nell'art. 41, comma 2 (secondo il quale l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana) e nell'art. 42, comma 2 (laddove demanda alla legge il compito di stabilire limiti alla proprietà privata allo scopo di assicurarne la funzione sociale). Ma contemporaneamente essa trova un limite in altri principi costituzionali e segnatamente nel principio di legalità della pena consacrato nell'art. 25, comma 2, il quale si articola nella riserva di legge statale e nella tassatività e determinatezza delle fattispecie incriminatrici. È proprio in ragione di questo limite che la responsabilità omissiva non può fondarsi su un dovere indeterminato o generico, anche se di rango costituzionale come quelli solidaristici o sociali di cui alle norme citate; ma presuppone necessariamente l'esistenza di obblighi giuridici

¹² *Ex multis*: Cass., Sez. III, 18 ottobre 2019, cit.; Cass., Sez. III, 27 febbraio 2019, n. 15510, in *Leggi d'Italia*. V. anche Cass., Sez. III, 11 novembre 2013, n. 47501, in *Giur. it.*, 2014, p. 687, con commento di S. RAFFAELE, *Realizzazione di discariche abusive e posizione di garanzia del proprietario del fondo*. Aderisce a quella che definisce «linea intermedia» della giurisprudenza, che valorizza gli indici richiamati, A. MONTAGNA, *La individuazione delle posizioni di garanzia quale ulteriore strumento di tutela ambientale*, p. 625.

¹³ Esemplificativa, Cass., Sez. III, 19 novembre 2019, n. 847, in *Leggi d'Italia*: «se l'inerte è consapevole di collaborare con il suo contegno omissivo al fatto illecito di terzi, basterà richiamare l'art. 110 c.p., senza che sia necessario stabilire la sussistenza o meno di una posizione di garanzia. Il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità (esclusione responsabilità penale del titolare del fondo "inerte") non può trovare applicazione qualora non si tratti di rifiuti depositati da terzi all'insaputa del proprietario, ma di detriti scaricati con l'espresso assenso del titolare, essendo in tal caso in presenza di una vera e propria condotta di compartecipazione agevolatrice che giustifica la responsabilità del proprietario». In senso analogo, ma in relazione al concorso (attivo) materiale, Cass., Sez. III, 4 giugno 2019, 27692, in *DeJure*.

¹⁴ Il riferimento è agli artt. 178 e 188 del d. lgs. 152/2006; sul punto, v. C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, cit., pp. 869-871. In precedenza, il riferimento era agli artt. 2, comma 3, e 10 d. lgs. 5 febbraio 1997, n. 22; *funditus* in: G. D'ORIA, *Discarica abusiva e omesso impedimento del reato altrui*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 111 ss.; A. MONTAGNA, *La individuazione delle posizioni di garanzia quale ulteriore strumento di tutela ambientale*, pp. 626-627.

¹⁵ Cass., Sez. III, 8 febbraio 2019, n. 13606, in *Ambiente&sviluppo*, 2019, p. 398.



specifici, posti a tutela del bene penalmente protetto, della cui osservanza il destinatario possa essere ragionevolmente chiamato a rispondere. In particolare, la funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42/2 Cost., può costituire il proprietario in una posizione di garanzia a tutela di beni socialmente rilevanti, e quindi può fondare una sua responsabilità omissiva per i fatti di reato lesivi di quei beni, solo se essa si articola in obblighi giuridici positivi e determinati, diretti a impedire l'evento costitutivo del reato medesimo». ¹⁶

Per converso, ad avviso di un secondo filone, più recente ma recessivo, ¹⁷ la posizione di garanzia: a) si darebbe per assodata, allorquando il proprietario, potendolo fare, non si attivi diligentemente con «segnalazioni, denunce all'autorità, installazione di una recinzione» etc.; ^{18b)} sorgerebbe dalla concessione in uso tramite (locazione, ancorché senza formalità) del terreno per lo svolgimento di un'attività soggetta ad autorizzazione, ¹⁹ dovendosi invocare il limite della funzione sociale imposto ex art. 42, comma 2, Cost. al diritto di proprietà. ²⁰ In relazione a questo orientamento, si registra, in definitiva: a) la derivazione della “doverosità” (dover essere) da situazioni di “possibilità” (essere) ²¹ e l'assorbimento della posizione di garanzia nella mancata adozione di cautele (*rectius*, nell'agire colposo); ^{22b)} il fondamento della posizione di garanzia nel “fare precedente pericoloso”, ²³ in un atto negoziale ²⁴ o ancora (non esigendosi la sua “specificità-specialità-determinatezza”)

¹⁶ Cass., Sez. III, 12 ottobre 2005, n. 2206., in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 105, con commento di G. D'ORIA, *Discarica abusiva e omesso impedimento del reato altrui*, cit. La massima è richiamata, a titolo esemplificativo, da: Cass., Sez. III, 19 novembre 2019, n. 847, cit.; Cass., Sez. III, 12 novembre 2013, n. 49327, in *Leggi d'Italia*.

¹⁷ Per una breve rassegna, S. ROSOLEN, *Abbandono di rifiuti da parte di terzi e responsabilità penale del proprietario*, in *Ambiente e sviluppo*, 2014, p. 604.

¹⁸ Per tutte, Cass., Sez. III, 26 gennaio 2007, n. 10484, in *Leggi d'Italia*.

¹⁹ Cass., Sez. III, 4 aprile 2019, n. 27911, in *Ambiente&sviluppo*, 2019, p. 655; Cass., Sez. III, 9 luglio 2009, n. 36836, in *Leggi d'Italia*. L'autorizzazione può coinvolgere le emissioni in atmosfera; per un caso che ebbe ad oggetto la contravvenzione di cui all'art. 279, comma 1, d. lgs. n. 152/2006, v.: Cass., Sez. III, 18 ottobre 2018, n. 12248, in *Giur. it.*, 2019, p. 1622, con commento di E. LA ROSA, *Proprietario dell'immobile e obbligo d'impedimento di altrui reati: verso una responsabilità penale di posizione in materia ambientale?*, cit.

²⁰ *In ultimis*, Cass., Sez. III, 4 aprile 2019, n. 27911, cit.

²¹ C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, cit., p. 868.

²² Rilevano in tal caso una confusione tra (componenti omissive della) colpa e omissione in senso stretto, fondata sull'obbligo di garanzia: G. D'ORIA, *Discarica abusiva e omesso impedimento del reato altrui*, cit., pp. 125-126; E. LA ROSA, *Proprietario dell'immobile e obbligo d'impedimento di altrui reati: verso una responsabilità penale di posizione in materia ambientale?*, cit., p. 1628; C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, cit., p. 868.

²³ Criticamente, E. LA ROSA, *Proprietario dell'immobile e obbligo d'impedimento di altrui reati: verso una responsabilità penale di posizione in materia ambientale?*, cit., p. 1628.

²⁴ Aperta a riconoscere, per questi casi, l'insorgere – o meglio, il trasferimento – dell'obbligo di garanzia per via contrattuale: S. ROSOLEN, *Abbandono di rifiuti da parte di terzi e responsabilità penale del proprietario*, cit., p. 605, 607. *Contra*: richiamando la disciplina civilistica della locazione, che attribuisce un diritto – non obbligo – di controllo al locatore (art. 1619 c.c.) e riquilificando la condotta tenuta dal locatore, nei casi in esame, come commissiva, C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, cit., p. 868; analogamente, in relazione all'art. 1619 c.c., E. LA ROSA, *Proprietario dell'immobile e obbligo d'impedimento di altrui reati: verso una responsabilità penale di posizione in materia ambientale?*, cit., p. 1629.



nell'applicazione diretta di un principio costituzionale,²⁵ come già visto in relazione alla materia edilizia; c) la massimizzazione della funzione “promozionale” del diritto penale, imputando al proprietario l'intero disvalore del reato realizzato materialmente da altri.

Allorquando, poi, sia un'impresa ad esercitare un diritto reale su un terreno o a venire coinvolta, a qualunque titolo (frequentemente come appaltatrice dei lavori), nell'attività edilizia o nella gestione dei rifiuti sul medesimo, il problema delle posizioni di garanzia in relazione ai reati ambientali o edilizi materialmente commessi si intreccia con il problema della ripartizione della responsabilità penale all'interno dell'impresa e dei gruppi societari.²⁶ *En passant*, si può segnalare una sentenza in materia di responsabilità omissiva ex art. 40, comma 2, c.p. degli amministratori e dei membri del collegio sindacale per non aver impedito la realizzazione di una costruzione senza concessione ad edificare.²⁷

2. Le posizioni di garanzia degli amministratori pubblici, sindaci o funzionari ARPA

Ancora in materia ambientale, particolare interesse suscitano alcune pronunce, di merito e di legittimità, con riguardo al mancato impedimento di reati da parte di pubblici ufficiali²⁸ – altri, beninteso, dagli appartenenti alle forze dell'ordine, sui quali vi è una giurisprudenza ormai granitica.²⁹ In relazione a questa casistica, non sempre è chiaro se la posizione di garanzia contestata sia di impedimento del reato oppure di impedimento dell'evento *tout court*, eventualmente coprodotto dall'azione criminosa del terzo: vi sono casi, poi, in cui sembrerebbe contestarsi direttamente al garante la realizzazione del reato in forma (omissiva e) monosoggettiva.

Detto ciò, anche in quest'ambito si possono ravvisare due differenti approcci, seppur caratterizzati da una maggiore eterogeneità rispetto a quelli analizzati precedentemente: l'uno che tende a privilegiare, in caso di mancata adozione di provvedimenti amministrativi idonei ad impedire il

²⁵ Criticamente, in relazione all'ulteriore possibilità di ricavare l'obbligo di garanzia del proprietario dalla responsabilità per danno cagionato da cose in custodia (art. 2051 c.c.): G. D'ORIA, *Discarica abusiva e omissio impedimento del reato altrui*, cit., p. 118 ss.

²⁶ Cfr. L. APRATI, *La ripartizione delle responsabilità ambientali all'interno delle organizzazioni imprenditoriali e dei gruppi societari*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1998, p. 29 ss.; ID., *Il mancato impedimento di illeciti ambientali e la responsabilità per omissione*, *ivi*, 1999, 809-812. Cfr., più in generale, A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 508 ss. In giurisprudenza, recentemente, a titolo esemplificativo: Cass., Sez. IV, 12 dicembre 2019, n. 13843, in *DeJure*.

²⁷ Cass., Sez. fer., 31 agosto 1993, imp. Minelli, in *Cass. pen.*, 1994, p. 716. Al riguardo, criticamente, M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 984.

²⁸ Per una rassegna, v. L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, cit., p. 1355 ss. Più recentemente: L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente. I principi fondamentali. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, cit., pp. 55-56.

²⁹ A titolo esemplificativo, Cass., Sez. I, 23 settembre 2013, n. 43273, in *Leggi d'Italia*.



protrarsi di fatti delittuosi, l'applicazione della sola omissione propria di cui all'art. 328 c.p. (rifiuto od omissione di atti d'ufficio); l'altro che tende a riconoscere una posizione di garanzia, con la conseguente applicazione dell'omissione impropria, imputando al pubblico ufficiale l'intero disvalore del reato realizzato materialmente da altri³⁰ (eventualmente in concorso con l'art. 328 c.p.).³¹

Nell'ambito del primo indirizzo, più risalente, si è riconosciuto che: *a)* in virtù del principio di specialità, il sindaco che non revoca – come prescrive la legge – autorizzazioni amministrative in presenza di violazioni ambientali, risponde del solo art. 328 c.p. e non anche dell'omesso impedimento del reato ambientale;^{32b)} un assessore ai lavori pubblici che omette di attivarsi per impedire l'inquinamento di acque, dovuto alla disattivazione di un depuratore comunale, risponde del solo art. 328 c.p. e non anche dell'evento-reato finale in forma omissiva.³³ Di notevole interesse è l'interpretazione del concorso tra omissione propria e omissione impropria come un "concorso apparente tra norme coesistenti", e la conseguente risoluzione tramite il criterio della specialità.³⁴

Nell'ambito del secondo indirizzo, possono invece, annoverarsi: *a)* l'affermazione della responsabilità penale di un assessore regionale, in concorso mediante omissione, per non aver – tra le altre cose – adottato provvedimenti amministrativi sanzionatori-interdittivi rispetto al reato di deturpamento di bellezze naturali (art. 734 c.p.);^{35b)} la contestazione al sindaco dell'omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) in concorso con il danneggiamento (art. 635 c.p.) in forma omissiva, per non aver adottato i necessari provvedimenti a protezione della salute pubblica, in qualità di autorità sanitaria locale;^{36c)} la contestazione al sindaco – ferma la delega di funzioni ad un particolare dirigente dell'amministrazione comunale – di reati ambientali in forma omissiva (anche se spesso

³⁰ Illustra, con estrema chiarezza, i due approcci, L. PRATI, *Il mancato impedimento di illeciti ambientali e la responsabilità per omissione*, cit., p. 813 ss.

³¹ Cfr. Cass., Sez. IV, 21 giugno 1985, imp. Puccini, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1636, con nota di F. GIAMPIETRO, *Ambiente, salute pubblica e omissione di atti di ufficio del sindaco*.

³² Cass., Sez. III, 15 marzo 1994, n. 3112, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1996, p. 785, con commento di V. PERRI, *Scarichi extra-tabellari: spunti di riflessione critica in ordine alla natura del reato in esame ed al rapporto tra le fattispecie di cui agli art. 21, terzo comma e 15, penultimo comma della legge Merli*.

³³ Cass., Sez. III, 30 novembre 1987, imp. Egidi, in *Cass. pen.*, 1989, p. 147.

³⁴ In tema, criticamente, V. PERRI, *Scarichi extra-tabellari: spunti di riflessione critica in ordine alla natura del reato in esame ed al rapporto tra le fattispecie di cui agli art. 21, terzo comma e 15, penultimo comma della legge Merli*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 1996, p. 788, laddove ritiene superfluo l'utilizzo del criterio della specialità dal momento che l'art 21, comma 3, l. 10 maggio 1976, n. 319 si applicherebbe solo ai titolari degli scarichi, mentre la condotta omissiva del sindaco può ricondursi solo all'infrazione dell'art. 15, comma 11, l. n. 319/1976, configurando un rifiuto di atti d'ufficio (art. 328 c.p.)

³⁵ Pret. Tirano, 4 dicembre 1985, imp. Ricotti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 1085, con nota di A. L. VERGINE, *Riflessioni critiche su una particolare ipotesi di concorso nel reato di distruzione di bellezze naturali*, cit. In tema, v. ANCHE L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, cit., pp. 1355-1356.

³⁶ Cass., Sez. IV, 21 giugno 1985, imp. Puccini, cit., laddove tuttavia non si nomina espressamente l'art. 40, comma 2, c.p. e la "commissione mediante omissione" o "omissione impropria", prediligendo un approccio di sussunzione della condotta omissiva direttamente nella norma penale incriminatrice di parte speciale. In tema, v. anche: L. PRATI, *Il mancato impedimento di illeciti ambientali e la responsabilità per omissione*, cit., p. 814; L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, cit., pp. 1356-1357, spec. nota 81.



accompagnati da indizi di un concorso materiale attivo)³⁷, richiamando il «principio secondo il quale sebbene l'art. 107 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) 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, [...] è evidente che il sindaco, una volta esercitati i poteri attribuitigli dalla legge, non può semplicemente disinteressarsi degli esiti di tale sua attività, essendo necessario, da parte sua, anche il successivo controllo sulla concreta attuazione delle scelte programmatiche effettuate; egli ha, inoltre, il dovere di attivarsi quando gli siano note situazioni, non derivanti da contingenti ed occasionali emergenze tecnico - operative, che pongano in pericolo la salute delle persone o l'integrità dell'ambiente»;^{38d} la contestazione a funzionari ARPA dell'omesso impedimento dei reati – materialmente realizzati da altri – di gestione non autorizzata e di traffico illecito di rifiuti, sul presupposto che l'art. 196 (*rectius*, l'art. 197)³⁹ d. lgs. n. 152/2006 individui in capo agli stessi una posizione di garanzia correlata ai reati ambientali.⁴⁰ Con riguardo a quest'ultima pronuncia, va evidenziata la questione della qualifica dei funzionari indicati: risolta dai giudici nel senso di ritenerli meri pubblici ufficiali, resterebbe (scartata o scontata?)⁴¹ l'opzione della qualifica di agenti e ufficiali di polizia giudiziaria. Ad ogni modo, volendo registrare i tratti salienti di questo secondo multiforme orientamento, si possono richiamare: *a*) il rinvenimento di posizioni di garanzia, spesso prive della “specificità-specialità-determinatezza”,⁴² nel *corpus* di disposizioni amministrative che disciplinano le attribuzioni dei pubblici ufficiali in materia ambientale e/o sanitaria; *b*) la contestazione dell'omesso impedimento rispetto a reati di mera condotta e/o a

³⁷ A titolo esemplificativo, cfr. Cass., Sez. III, 25 marzo 2004, n. 28674, in *Leggi d'Italia*.

³⁸ Così Cass., Sez. III, 27 giugno 2013, n. 37544, in *Leggi d'Italia*. Conformi: Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 19882, *ivi*; Cass., Sez. III, 26 marzo 2007, n. 12434, in *Dir. Giur. Agr. Amb.*, 2008, p. 204, con nota di A. R. STOLFI, *Il rispetto del principio della divisione di poteri tra politica e gestione ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile per abbandono di rifiuti*; Cass., Sez. III, 25 marzo 2004, n. 28674, in *Leggi d'Italia*. Rileva una pronuncia in senso contrario, in materia di attività abusive compromettenti l'assetto urbanistico e paesaggistico del Comune: L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente. I principi fondamentali. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, cit., pp. 55-56.

³⁹ Ritengono più corretto tale riferimento: C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Rassegna giurisprudenziale sulla posizione di garanzia del proprietario e del pubblico ufficiale rispetto a reati ambientali commessi da terzi*, in *Lexambiente*, 7 marzo 2011; M. TAINA, *Obblighi e posizioni di garanzia del personale ARPA (nota a Cass. pen. n. 3634/2011)*, in *Ambiente&sviluppo*, 2011, p. 429

⁴⁰ Cass., Sez. III, 1 febbraio 2011, n. 3634, in *Riv. Giur. Amb.*, 2011, p. 623, con commento di F. FASANI, *La responsabilità penale dei funzionari ARPA per l'omesso impedimento di reati ambientali*. In argomento, v. anche: M. TAINA, *Obblighi e posizioni di garanzia del personale ARPA (nota a Cass. pen. n. 3634/2011)*, cit., p. 428 ss.

⁴¹ Benché Cass., Sez. III, 1 febbraio 2011, n. 3634, cit. si limiti a qualificare il personale ARPA in esame come pubblici ufficiali, evidenziano come l'ulteriore qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria possa discendere dall'art. 16 della l. regionale 3 marzo 1998, n. 6 del Friuli Venezia Giulia: C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Rassegna giurisprudenziale sulla posizione di garanzia del proprietario e del pubblico ufficiale rispetto a reati ambientali commessi da terzi*, cit.; M. TAINA, *Obblighi e posizioni di garanzia del personale ARPA (nota a Cass. pen. n. 3634/2011)*, cit., p. 430. Maggiori perplessità in F. FASANI, *La responsabilità penale dei funzionari ARPA per l'omesso impedimento di reati ambientali*, cit., pp. 630-631.

⁴² Cfr., a titolo esemplificativo, F. FASANI, *La responsabilità penale dei funzionari ARPA per l'omesso impedimento di reati ambientali*, cit., p. 629.



condotta vincolata⁴³ e a reati formalmente già commessi, ma i cui effetti dannosi sono permanenti;⁴⁴ c) l'interpretazione del concorso tra omissione propria e omissione impropria come un "concorso formale eterogeneo"; d) l'equiparazione della posizione di garanzia all'obbligo di attivarsi tramite provvedimenti amministrativi interdittivi-sanzionatori, ancorati a presupposti perlopiù discrezionali (assunto che rimanda al più generale problema del sindacato dell'autorità giurisdizionale penale sulla discrezionalità politica e amministrativa)⁴⁵; e) la ripartizione della responsabilità penale (omissiva) tra delegante e delegato o, più precisamente, tra organi politici e organi burocratici.⁴⁶

3. Osservazioni varie.

L'unanime dottrina ha censurato gli orientamenti giurisprudenziali in materia edilizia e ambientale che tendono a ravvisare obblighi di garanzia privi del carattere della "specificità-specialità-determinatezza" e non correlati a poteri impeditivi.⁴⁷ Così ragionando, ci si è domandati se l'art. 3-ter del c.d. Testo Unico Ambientale – a tenore del quale «La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale» – possa ragionevolmente fondare una posizione di garanzia insistente su ogni cittadino, a protezione dell'ambiente.⁴⁸ La risposta negativa, in linea con le opinioni esposte, rimanderebbe alla – controversa, alla luce delle acquisizioni sulle "omissioni intermedie" –⁴⁹ distinzione tra

⁴³ In relazione all'art. 260 d. lgs. n. 152/2006, F. FASANI, *La responsabilità penale dei funzionari ARPA per l'omesso impedimento di reati ambientali*, cit., p. 628.

⁴⁴ Così, censurando Pret. Tirano, 4 dicembre 1985, imp. Ricotti, A. L. VERGINE, *Riflessioni critiche su una particolare ipotesi di concorso nel reato di distruzione di bellezze naturali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 1090 ss., 1109, rilevando peraltro la mancata applicazione del reato di omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.). In tema, v. anche F. FASANI, *La responsabilità penale dei funzionari ARPA per l'omesso impedimento di reati ambientali*, cit., pp. 633-634.

⁴⁵ *Funditus* in A. L. VERGINE, *Riflessioni critiche su una particolare ipotesi di concorso nel reato di distruzione di bellezze naturali*, cit., pp. 1101 ss., 1111 ss.

⁴⁶ *Funditus* in A. R. STOLFI, *Il rispetto del principio della divisione di poteri tra politica e gestione ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile per abbandono di rifiuti*, in *Dir. Giur. Agr. Amb.*, 2008, pp. 205-206.

⁴⁷ V. *supra* § 1-2 e gli autori riportati nelle note.

⁴⁸ C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, cit., p. 872.

⁴⁹ Dette anche "omissioni pure di garante": la categoria è stata elaborata, in opposizione alla tradizionale distinzione tra "omissione pura" e "commissione mediante omissione", per valorizzare tutte quelle condotte omissive che, per un verso, non costituiscono commissione mediante omissione, e, per l'altro, si distinguono dalle "omissioni pure generali"



omissioni proprie, costruite a partire da generali doveri di solidarietà (ad esempio, l'omissione di soccorso *ex art. 593 c.p.*), e omissioni improprie, costruite a partire da obblighi in capo a determinate categorie di soggetti (garanti *ex art. 40, comma 2, c.p.*). La correlazione "omissione impropria-determinate categorie di soggetti" presta il fianco ad un'obiezione di stampo analitico: quanto ampia/ristretta dev'essere la categoria dei soggetti gravati dall'obbligo di impedire l'evento? Può coincidere con la totalità dei soggetti che si imbattono in quella "situazione tipica"? Tra l'omissione equiparata alla causazione attiva del risultato (*art. 40, comma 2, c.p.*) e la "omissione pura generale" c'è un insieme indefinito di situazioni *intermedie*,⁵⁰ di cui l'omissione di atti d'ufficio (*art. 328 c.p.*) può costituire un esempio. Ma il confine è mobile e il legislatore può liberamente spostarlo, fino a far collimare la platea dei garanti col totale dei soggetti che si imbattono nella "situazione tipica", salvi i limiti di ragionevolezza costituzionale (*art. 3 Cost.*). D'altro canto, la risposta al quesito se sussista una posizione di garanzia in capo al *quisque de populo* deve confrontarsi con quell'isolata dottrina che, non disconoscendo le funzioni promozionali del diritto penale nella "società del rischio", ammette che il fondamento delle posizioni di garanzia possa rinvenirsi anche in "vincoli funzionali" di rango costituzionale.⁵¹

Quanto al ruolo degli obblighi giuridici extrapenali nell'individuazione della posizione di garanzia, al di là della frequente critica alla pratica di rinviare "disinvoltamente" a doveri civilistici⁵², non si è mancato di riconoscere uno spazio all'autonomia negoziale nel trasferimento della posizione di garanzia: si pensi al ruolo svolto dal contratto di locazione.⁵³ Incertezze restano sull'idoneità di provvedimenti amministrativi a fondare posizioni di garanzia, così come delle norme penali che autonomamente incriminano condotte omissive (omissioni proprie)⁵⁴ – stagliandosi, sullo sfondo, il problema del concorso tra omissioni proprie e omissioni improprie.⁵⁵

perché sono realizzate da soggetti in posizioni di particolare responsabilità e gravati da doveri funzionali: J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 339 ss. A titolo esemplificativo, si possono citare l'omissione di soccorso realizzata da chi ha causato l'incidente (*art. 195.3 código penal*) o il rifiuto di assistenza o soccorso da parte del sanitario (*art. 196 código penal*).

⁵⁰ *Funditus* in J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Criminal omissions: a european perspective*, in *New Criminal Law Review*, 2008, p. 421 ss.

⁵¹ F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova, 1975, p. 228 ss.

⁵² D'ORIA, *Discarica abusiva e omesso impedimento del reato altrui*, cit., p. 119;

⁵³ S. ROSOLEN, *Abbandono di rifiuti da parte di terzi e responsabilità penale del proprietario*, cit., p. 605; C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, cit., p. 871.

⁵⁴ In tema: *contra*, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 202 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., Cedam, Padova, 2017, pp. 162-163; *pro*, purché sussista la «considerazione unitaria di condotta ed evento», cioè la fattispecie di omissione propria abbia una funzione preventiva rispetto all'evento da imputare, F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 214 ss. In quest'ultima direzione, C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, cit., p. 864, laddove si riconosce nell'art. 677 c.p. (incluso, si presume, il terzo comma) un obbligo di garanzia rispetto ai reati contro l'integrità fisica e l'incolumità pubblica.

⁵⁵ V. *supra* § 2.



Si è constatata, poi, la frequente commistione concettuale tra condotte autenticamente omissive e condotte attive, aspetti che non sempre possono comprendersi *prima facie* dall'analisi della giurisprudenza di legittimità: talvolta occorre guardare al compendio probatorio delle pronunce di merito per realizzare, ad esempio, che il proprietario del terreno ha collaborato attivamente all'attività criminosa altrui.⁵⁶ Nondimeno, si è avanzata l'ipotesi che – come accade per l'attribuzione della responsabilità penale dentro le strutture organizzate – la «tecnica dell'omesso impedimento di un evento»⁵⁷ «surroggi» la mancata individuazione dell'autore materiale del reato o la mancata prova del contributo causalmente efficiente del proprietario.⁵⁸

Alcuni, rimarcando l'inidoneità dell'art. 328 c.p. a coprire il disvalore dell'omesso impedimento del reato da parte di pubblici ufficiali e registrando l'impossibilità di sanzionare, tramite il medesimo, le omissioni di natura colposa,⁵⁹ hanno chiosato che «l'unica via maestra per consentire l'abbandono «indolore» dell'orientamento più volte criticato potrebbe essere offerta dal legislatore, tramite una nuova efficace forma di repressione penale della violazione (attualmente atipica) dei doveri funzionali di impedimento del reato altrui»⁶⁰. Peraltro, a quadro normativo vigente, non è da escludere una *curiosa* eventualità per le omissioni di natura dolosa: funzionari o amministratori pubblici con competenze in materia ambientale potrebbero risultare più severamente sanzionati dal delitto di omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) che non dall'imputazione, in commissione per omissione, di una fattispecie contravvenzionale realizzata (da altri) a valle: come a dire che in certi casi il «disvalore di condotta» supera il «disvalore d'evento», ribaltando la tradizionale progressione sanzionatoria dal *meno* – l'omissione in sé e per sé considerata – al *più* – l'omissione equiparata alla causazione attiva del risultato.⁶¹

Infine, va registrato che in questa materia l'uso del dolo eventuale come «tecnica argomentativa»⁶² è un problema relativamente secondario: trattandosi spesso di contestazioni relative a fattispecie contravvenzionali, il titolo di imputazione soggettiva dell'omittente (come di qualunque autore del reato) non è determinante per la sua punibilità (art. 42, comma 4 c.p.). Il discorso potrebbe cambiare quando venisse contestato l'omesso impedimento di delitti ambientali sanzionati nella sola forma dolosa. O, ancora, quando il *gap* sanzionatorio tra fattispecie dolosa e corrispondente fattispecie

⁵⁶ C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, cit., p. 860 ss. In tema, più in generale, M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, cit., pp. 978-980.

⁵⁷ Tra le «tecniche interpretative del diritto penale» che servono a soddisfare il «il bisogno di pena» e «l'esigenza della prova», si annovera proprio la «tecnica dell'omesso impedimento di un evento» – nella fattispecie, del falso in bilancio –: F. M. IACOVIELLO, *Il falso in bilancio nei gruppi di società: come il processo penale modifica il diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 3153, 3160.

⁵⁸ C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, cit., pp. 860-861.

⁵⁹ L. PRATI, *Il mancato impedimento di illeciti ambientali e la responsabilità per omissione*, cit., p. 815.

⁶⁰ F. FASANI, *La responsabilità penale dei funzionari ARPA per l'omesso impedimento di reati ambientali*, cit., p. 635.

⁶¹ In tema: J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 19 ss.

⁶² F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 490 ss.



colposa sia di entità tale da tentare l'autorità requirente, nel dubbio, a contestare la responsabilità penale "al rialzo" avverso l'omittente. Per uno *screening*, occorrerà attendere l'evolversi della casistica sul Titolo VI *bis* del Codice penale (Delitti contro l'ambiente).⁶³

4. La "pressione del caso" sul diritto e la legalità penale: le incertezze teoriche e pratiche della responsabilità penale per omesso impedimento del reato.

La legalità penale di stampo formalista ha trionfato nella redazione dell'art. 40, comma 2, c.p.: l'idea di vincolare la responsabilità omissiva d'evento ad un "obbligo giuridico" rassicurava i codificatori. Allora non erano ancora chiari i limiti della "teoria formale dei garanti": troppo ristretta e molto garantista, quando l'omissione percepita dalla "coscienza sociale" non trova conferma nella *selva* di obblighi positivizzati; troppo estesa e poco garantista, quando qualsiasi obbligo, di qualunque ramo dell'ordinamento, vale a sancire la responsabilità penale dell'omittente *come se avesse causato-realizzato attivamente* quell'evento-reato.⁶⁴ La "interferenza"⁶⁵, poi, dell'art. 40, comma 2, c.p. con l'art. 110 c.p., considerata la potenzialità *fagocitante* di quest'ultimo,⁶⁶ ha prodotto il fenomeno normativo del concorso mediante omissione, di cui la casistica in materia ambientale è solo un esempio. Altrove – si allude all'omesso impedimento di abusi sessuali su figli minori (art. 609 *bis* c.p.) – si è constatato come le sentenze oscillino tra un'imputazione fondata esclusivamente sull'art. 40, comma 2, c.p. e un'imputazione fondata sull'"interferenza" tra l'art. 40, comma 2, c.p. e l'art. 110 c.p.⁶⁷ Un'oscillazione simile è ravvisabile nella giurisprudenza sin qui esaminata, ma le conseguenze sono perlopiù trascurate. Ad esempio: al concorso mediante omissione, a differenza dell'omissione impropria monosoggettiva, potrebbe applicarsi la circostanza attenuante facoltativa del contributo di «minima importanza» *ex* art. 114,

⁶³ Ad oggi, occorre registrare che l'art. 452-*quinqüies* c.p., che incrimina le ipotesi colpose dei delitti di inquinamento ambientale (art. 452 *bis* c.p.), di morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale (art. 452 *ter* c.p.) e di disastro ambientale (art. 452 *quater* c.p.), prevede una diminuzione della pena da un terzo a due terzi (primo comma) e di un ulteriore terzo in caso di semplice pericolo di inquinamento o disastro ambientale.

⁶⁴ Su tali critiche, mutate dalla dottrina tedesca: G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 83 ss.; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 123 ss.

⁶⁵ Testualmente in L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 152-154, descrivendo l'applicazione congiunta – censurata dall'Autrice – degli artt. 40, comma 2, e 110 c.p. con effetti ampliativi-estensivi della funzione di incriminazione.

⁶⁶ In merito ai problemi di costituzionalità dell'art. 110 c.p., v. G. VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*, in AA. VV., *La riforma della parte generale del Codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A. M. STILE, Jovene Editore, Napoli, 2003, pp. 345-346.

⁶⁷ L'osservazione è di S. DE FLAMMINEIS, *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3235 ss.



comma 1, c.p.? Altrove la giurisprudenza lo nega.⁶⁸ Per contro, anche valorizzando quell'indice normativo, parte della dottrina dubita che per integrare il concorso mediante omissione sia richiesto un contributo omissivo causalmente efficiente; per alcuni, basterebbe un'agevolazione mediante omissione.⁶⁹ A testimonianza, tutto ciò, delle incertezze teoriche che continuano ad accompagnare l'attribuzione all'omittente del reato materialmente realizzato da altri.

Di fronte ad un simile scenario, l'interprete può reagire censurando gli orientamenti eccentrici oppure immedesimandosi nel giudicante e sforzandosi di comprendere la "pressione del caso"⁷⁰ sulle disposizioni incriminatrici. Giuspositivista la prima reazione, preoccupata della prevedibilità-determinatezza-frammentarietà della legge penale;⁷¹ neocostituzionalista o ermeneutica la seconda, preoccupata della giustizia del caso concreto, nonché dell'applicazione diretta di valori costituzionalizzati impliciti o espliciti, altri dalla mera legalità penale.⁷² La scelta del penalista sembrerebbe scontata, senonché istanze di tutela e responsabilizzazione sempre più pressanti – fra queste, primeggia quella ambientale – impongono nuovi interrogativi. Un diritto penale ineffettivo verso alcune categorie di autori materiali di reati – risultato, contemporaneamente, dell'inadeguatezza del sistema sanzionatorio *in action* e di insolubili problemi di ricostruzione probatoria delle responsabilità (v. il "danno anonimo"⁷³ *et similia*) – porta l'interprete a privilegiare un sentiero già battuto: la responsabilizzazione dei «terminali di rilevazione degli illeciti»⁷⁴, pubblici o privati che siano. Non è da escludere che su questa tendenza incidano anche valutazioni *sommerse* di (ritenuta) inadeguatezza delle conseguenze civili e amministrative degli illeciti: il "penale", cioè, varrebbe a fare "terra bruciata" intorno all'autore materiale dei fatti, coinvolgendo anche gli omittenti conniventi, più di quanto farebbero, di per sé, le sanzioni risarcitorie-restitutorie

⁶⁸ Si richiama nuovamente la casistica in tema di omesso impedimento di abusi sessuali su figli minori, laddove la giurisprudenza ha affermato la "incompatibilità ontologica" tra la suddetta circostanza e il contributo concorsuale omissivo: Cass., Sez. III, 14 settembre 2016, n. 47968, in *Leggi d'Italia*; Cass., Sez. IV, 6 novembre 2008, 45119, *ivi*; Cass., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3230.

⁶⁹ Nella dottrina italiana è isolata la posizione di chi ammette esplicitamente la partecipazione mediante omissione che ha anche solo *agevolato* – e non necessariamente *causato* – il reato altrui: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 517; P. SEMERARO, *Il concorso mediante omissione nel reato*, in *L'indice penale*, 2006, p. 591. Salvo fraintendimenti, sembra avvicinarsi la posizione di M. N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini della complicità*, Cedam, Padova, 2013, pp. 65-68.

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 187 ss.

⁷¹ Per tutti, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, cit., p. 50 ss.

⁷² Su tale dibattito, a titolo esemplificativo, G. DE FRANCESCO, *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1405 ss.

⁷³ In argomento, fra i primi: S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 21-22. V. anche *supra*, nota 58.

⁷⁴ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 38-40.



o di ripristino dello *status quo ante*.⁷⁵ Così, in assenza di manutenzione legislativa, la giurisprudenza penale corre.⁷⁶

Non aveva tutti i torti chi affermava: «il diritto positivo non è ancora in grado di offrire un organico sistema di disposizioni che soddisfi le esigenze di tutela di quegli interessi, la cui crescita è protetta e stimolata dalla Costituzione [...]», ma «lo strumento “omesso impedimento dell’evento” [precisiamo: del reato] soccorre egregiamente. [...] Non interessa più la ricerca di un’azione naturalistica del soggetto causativa naturalisticamente del risultato dannoso; ora interessa la ricerca di una regola che ponga in relazione soggetto ed evento: che, cioè, comandi al soggetto di attivarsi per *prevenire* l’evento stesso».⁷⁷

Il problema è che questa ricerca – esattamente come avviene in relazione alla “colpa generica” –⁷⁸ è condotta *a posteriori* e *col senno del poi* dall’autorità giurisdizionale: troppo tardi. Come può l’operatore (economico, ma non solo) orientarsi razionalmente *a priori*? Il buon senso in alcuni casi basterebbe; in molti altri *no* (deve o non deve l’amministratore pubblico adottare provvedimenti amministrativi – e, se sì, quali – per interrompere reati ambientali/edilizi *in progress*, o addirittura per prevenirli?). Il discorso si intreccia con l’assenza di una predeterminazione legale dei poteri impeditivi (naturalistici o normativi, diretti o indiretti)⁷⁹: il garante dovrebbe poter sapere *ex ante* come intervenire lecitamente⁸⁰ – innalzo un recinto? monitoro le attività del conduttore del terreno? adotto un’ordinanza contingibile e urgente? – per interrompere il corso criminoso altrui, al netto

⁷⁵ Si ricorda che la “Demolizione del manufatto abusivo”, di cui all’art. 31, comma 9, D.P.R n. 380/2001 è ritenuta dalla giurisprudenza dominante una sanzione amministrativa e non penale: Cass., Sez. III, 12 settembre 2019, n. 43125, in *DeJure*.

⁷⁶ Cfr. M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, cit., p. 980, laddove si registra la tendenza della giurisprudenza a superare la teoria formale dei garanti.

⁷⁷ F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, cit., pp. 73-75.

⁷⁸ Cfr., a titolo esemplificativo, S. ZIRULIA, *La (perenne) crisi dell’Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro*, in *SP*, 18 novembre 2019.

⁷⁹ Il legame tra posizione di garanzia e poteri giuridici impeditivi è stato posto in risalto da un’accorta dottrina: I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 70 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 158 ss. Al riguardo, si contrappongono due concezioni dei poteri impeditivi: la prima incentrata sulla distinzione tra potere giuridico in astratto, non necessariamente ad efficacia conformativa o vincolante, ed esercizio concreto del potere, che presuppone l’accertamento del nesso di causalità (F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. società*, 2012, p. 333 ss.); la seconda, diremmo “restrittiva”, secondo cui i poteri impeditivi sono quei poteri conformativi e vincolanti (sul controllato) che, ancorché azionabili mediatamente (*pro*: A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 285 ss.; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 671; *contra*: A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, cit., p. 528), il garante deve possedere in astratto per poter definirsi tale (F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 608; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, Milano, 2003, p.50 ss.).

⁸⁰ L. BISORI, *L’omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, cit., p. 1367.



della verifica controfattuale sul nesso di causalità condizionalistica (e sempre che si ritenga quest'ultima necessaria nel concorso di persone)⁸¹.

Per concludere: gli orientamenti giurisprudenziali più sensibili alla prevedibilità-determinatezza-frammentarietà della legge penale meritano apprezzamento, dal momento che spesso pervengono a soluzioni giuridicamente coerenti, semplicemente valorizzando gli indici del concorso (attivo) morale o materiale al reato altrui. In fondo, si tratta di ricorrere ad una clausola generale (art. 110 c.p.) piuttosto che ad un'altra (art. 40, comma 2, c.p.). Per converso, gli orientamenti più insofferenti alla “teoria formale dei garanti” –teoria i cui limiti sono ormai riconosciuti –⁸² si potrebbero comprendere se fossero accompagnati da consolidate puntualizzazioni sui poteri impeditivi, la cui esplicitazione è dirimente quando si tratta di imporre ad un soggetto di *attivarsi* (comando), non già solo di *astenersi* (divieto).⁸³ In assenza, i vantaggi del “rendere giustizia” al caso concreto, punendo la connivenza, sono palesemente *inferiori* ai costi che la decisione riverbera sul sistema giuridico, in termini di imprevedibilità del precetto penale e – a maggior ragione se si versasse in ipotesi di condotte omissive semplicemente imprudenti – di iniqua traslazione della responsabilità per i fatti in capo all'omittente. Così ragionando, la transizione verso una rinnovata concezione della legalità (penale e non solo),⁸⁴ che contempra nella prevedibilità della norma penale anche il ruolo del formante giurisprudenziale – si vedano gli sviluppi della giurisprudenza della Corte e.d.u. sull'art. 7 C.e.d.u. –,⁸⁵ dovrebbe passare per una *più marcata* presa di coscienza, da parte dei giudici, dell'importanza che la singola decisione riveste nell'edificazione di una “cultura del precedente”.⁸⁶

Per quanto riguardo le posizioni di garanzia individuate in capo a pubblici ufficiali con competenze in materia edilizia o ambientale, si tratta di un *universo a parte*: lì gli orientamenti più intransigenti trovano conforto negli obblighi di cui la legislazione amministrativa è disseminata. Piuttosto sarebbe auspicabile un chiarimento dei rapporti – di concorso reale o apparente? – fra l'omissione di atti d'ufficio (art. 328), così come «sostanzialmente *abrogat[a]*» dalla l. 26 aprile 1990, n. 86,⁸⁷ e

⁸¹ Cosa non scontata, come evidenziato: v. *supra*, nota 69.

⁸² V. *supra*, nota 64.

⁸³ Intendendo con “comando” e “divieto”, rispettivamente, una norma di contenuto logico *prescrittivo* e una norma di contenuto logico *proibitivo*, a prescindere dalla formulazione linguistica adottata dal legislatore; in tema: J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., p. 156 ss.

⁸⁴ M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali VI, 2013, p. 402 ss.

⁸⁵ Recentemente: Corte e.d.u., Sez. II, sent. 31 dicembre 2019, *Parmak and Bakir v. Turkey*, in SP, con commento di F. MAZZACUVA, *La Corte europea ritorna sul principio di "prevedibilità" del diritto penale tra irretroattività, retroattività della lex mitior e prééminence du droit*, 19 febbraio 2020. Per un'attenta ricognizione delle pronunce della Corte e.d.u. (fra le quali si ricorda la nota Corte e.d.u., 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*), v., a titolo esemplificativo, A. SANTANGELO, *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 332 ss.

⁸⁶ In tema, per tutti, F. VIGANO, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA. VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 249 ss.

⁸⁷ Così L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, cit., p. 1390 s. Critico su tale riforma, in relazione al novellato art. 328 c.p., è anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del*



il concorso mediante omissione del pubblico ufficiale (non necessariamente appartenente alle forze dell'ordine). Fermo restando che, al di fuori degli obblighi in senso stretto, la “discrezionalità politico-amministrativa” va salvaguardata,⁸⁸ se non si vuole che il rischio di rispondere penalmente, in via omissiva, per un fatto altrui divenga – se non lo è già – un disincentivo all'assunzione di alcune cariche pubbliche (amministratori pubblici; sindaci; etc.). Ma quest'ultimo è un problema di *self-restraint* giurisprudenziale, più che di teoria del diritto.

Codice penale - I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali, 4^aed., Giuffrè, Milano, 2019, pp. 437-438.

⁸⁸ Per una recente ed esaustiva disamina del problema, v. G. D. COMPORTI, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2019, p. 128 ss. Con particolare riferimento al sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi in materia urbanistica, v. G. STEA, *Il sindacato di legalità del giudice penale nel sistema urbanistico: stagionalità, disapplicazione e canoni dell'esegesi penale*, in questa rivista, 2020, n. 1, p. 18 ss.