

INDICE - LEZIONE N. 5 – DIRITTO PENALE

LA CONDOTTA

1. La condotta.....	Pag. 2
2. La condotta attiva o l'azione.....	Pag. 4
3. La condotta omissiva o omissione.....	Pag. 5
4. I reati omissivi propri.....	Pag.7
5. I reati omissivi impropri.....	Pag.9
6. La posizione di garanzia.....	Pag.11

LA CONDOTTA

In considerazione del fatto che, per il principio di materialità, solo un comportamento umano che si manifesti materialmente nel mondo esteriore può costituire reato, tale comportamento dell'uomo, denominato **condotta**, non può che rappresentare il primo ed imprescindibile elemento costitutivo dell'illecito penale. In mancanza della condotta, infatti, il reato non è nemmeno concepibile.

Essa può consistere tanto in un comportamento attivo o positivo (c.d. **azione**) quanto in uno omissivo o negativo (c.d. **omissione**).

Benché le due tipologie di condotte risultino antitetiche (consistendo l'una in un "fare" e l'altra in un "non fare" - come vedremo, in presenza di un opposto obbligo giuridico di fare -), dal momento che entrambe consistono in sostanza in un comportamento esteriore del soggetto agente, la dottrina penalistica si è a lungo prodigata nella ricerca di una **nozione unitaria di condotta** che fosse in grado di comprendere tanto l'azione quanto l'omissione, senza giungere però a risultati convincenti.

Le diverse ricostruzioni del concetto unitario di condotta proposte presentano infatti profili di criticità:

a) innanzitutto la concezione hegeliana della condotta, secondo cui essa sarebbe una "volontà che si realizza" all'esterno, non riesce a giustificare la rilevanza penale del tentativo (quale volontà criminosa che si realizza solo parzialmente), delle condotte colpose (caratterizzandosi la colpa proprio per la non volontà dell'evento) e delle condotte omissive (che non si manifestano esteriormente, consistendo in comportamenti negativi);

b) la rilevanza penale dell'omissione e dei comportamenti colposi non trova una sua giustificazione neppure alla luce della concezione naturalistica o causale della condotta, alla cui stregua la condotta è ricostruita come un movimento corporeo, sorretto dalla volontà. L'omissione, infatti, non può ritenersi un "movimento corporeo" appunto perché, come già detto, essa consiste in un comportamento negativo, di *non facere*. La condotta colposa, invece, non può dirsi "sorretta dalla volontà", richiedendo anzi l'involontarietà;

c) anche la teoria finalistica, che concepisce la condotta come attività finalisticamente rivolta alla realizzazione dell'evento tipico, non riesce a spiegare la rilevanza penale dell'omissione e dei comportamenti colposi, che possono ritenersi al più – e non senza una forzatura – potenzialmente finalizzati alla realizzazione dell'evento tipico;

d) la concezione negativa della condotta, che invece la identifica con il "non evitare evitabile", al contrario delle concezioni naturalistica, hegeliana e finalistica, individua come modello l'omissione ma non riesce a giustificare la rilevanza penale delle condotte commissive;

e) la concezione sociale della condotta, secondo cui essa coinciderebbe con qualsiasi comportamento socialmente rilevante, invece, pur riuscendo ad

abbracciare tutte le diverse tipologie di condotte, non appare in grado di delimitare con sufficiente chiarezza gli elementi che la caratterizzano;

f) infine, eccessivamente generica e ampia risulta essere anche la concezione personalistica, che ravvisa la condotta in ogni manifestazione della personalità dell'uomo che gli possa essere attribuita quale autore di atti (quindi tanto manifestazioni attive, quanto negative o dolose o colpose).

La dottrina ha preferito allora abbandonare l'idea di un concetto "superiore" di condotta in grado di abbracciare tutte le diverse specie di condotte – attive, omissive,

dolose, colpose – e valorizzare la capacità di detto concetto di riassumere la caratteristica comune di tutte le *species* di condotte, ossia l'essere una estrinsecazione dell'uomo nel mondo esterno (MANTOVANI).

Con riferimento alla condotta, è possibile distinguere i reati in:

a) **reati a forma libera** (o causalmente orientati), che sono quelli in cui la fattispecie è costruita facendo leva sulla sola produzione di un certo evento, senza l'indicazione di particolari modalità con cui la condotta che lo cagiona deve essere posta in essere. Classico esempio di reato a forma libera è l'omicidio, previsto dall'art. 575 c.p., secondo cui "*Chiunque cagiona la morte di un uomo ...*": l'unico aspetto rilevante per l'integrazione del fatto tipico è che via sia una condotta umana che cagiona la morte di un uomo, a nulla rilevando le modalità con cui detta condotta si manifesta e provoca l'evento morte.

b) **reati a forma vincolata**, ossia quelli per la cui integrazione la norma incriminatrice richiede che la condotta si realizzi con delle particolari modalità o attraverso determinati mezzi. Si veda ad esempio il delitto di furto di cui all'art. 624 c.p., per la cui integrazione è necessario che il soggetto agente tenga una condotta specificamente delineata dalla norma incriminatrice, e cioè si impossessi di una cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene.

2. LA CONDOTTA ATTIVA O AZIONE

I **reati a condotta mista**, invece, sono quelli che per la loro integrazione esigono imprescindibilmente il compimento tanto di un'azione quanto di un'omissione. Il delitto di insolvenza fraudolenta, di cui all'art. 641 c.p., ad esempio, richiede sia che sia contratta un'obbligazione con l'intenzione di non adempierla (azione), sia che poi la stessa obbligazione non sia in concreto adempiuta (omissione).

La condotta attiva (o commissiva) prende il nome di **azione**.

Essa consiste in un "movimento del corpo del soggetto percepibile dall'esterno" e può corrispondere ad un unico o ad una pluralità di movimenti muscolari, purché questi siano tutti finalizzati ad offendere lo stesso bene giuridico tutelato e si susseguano in un lasso temporale minimo (ANTOLISEI).

Se il soggetto pone in essere una pluralità di movimenti muscolari che offendono beni giuridici diversi o che non sono contestuali, l'azione non sarà più unica e si porrà dunque il problema dell'unitarietà o meno del reato (concorso apparente di norme o concorso formale di reati).

3. LA CONDOTTA OMISSIVA O OMISSIONE

La condotta negativa, di *non facere* (sul piano naturalistico), prende il nome di **omissione** e consiste nel mancato compimento di un'azione possibile da parte del soggetto che ha l'obbligo giuridico di compierla (*non facere quod debetur*).

Quanto alle sue origini, deve darsi conto del fatto che il riconoscimento della rilevanza penale di condotte omissive ha tardato ad imporsi nel pensiero giuridico penalistico. In linea con la risalente massima "chi non fa, non falla", infatti, gli interpreti stentavano a concepire la possibilità di realizzare un reato mediante una condotta negativa, di *non facere*.

È solo con l'avvento dello Stato sociale che la possibilità di perseguire e punire talune condotte omissive trova il suo fondamento e riconoscimento nel **principio di solidarietà** (art. 2 Cost.), che impone ai consociati di tenere comportamenti attivi per il soddisfacimento e la promozione di determinate esigenze altrui tutelate

dall'ordinamento (ad es. le esigenze di coloro che non sono in grado di difendersi e di proteggere i propri bene autonomamente).

Il più recente moltiplicarsi di fattispecie omissive si deve, tuttavia, alla crescita delle conoscenze e competenze tecniche e tecnologiche e ad una maggiore consapevolezza dei rischi, che, in un'ottica precauzionale, ha consentito l'emanazione di numerose regole cautelari di condotta, la cui inosservanza integra molto spesso un fatto costituente reato (si pensi alla legislazione speciale in materia di sicurezza sul lavoro e, a titolo esemplificativo, al reato di omessa adozione di misura antinfortunistiche).

L'**essenza dell'omissione** ha costituito oggetto di dibattito dottrinale. L'orientamento maggioritario (MANTOVANI, ANTOLISEI) ritiene che essa vada rinvenuta non nell'*aliud agere* (ossia nella diversa azione eventualmente compiuta dal soggetto in luogo di quella cui era giuridicamente tenuto) né in un *nihil facere* (ossia in un comportamento giuridicamente del tutto irrilevante) quanto piuttosto nel mancato compimento di un'azione prescritta dall'ordinamento giuridico.

Affinchè l'omissione sia penalmente rilevante è però necessario che l'azione prescritta dall'ordinamento e non compiuta dal soggetto che vi era tenuto sia in concreto **possibile**, in applicazione del principio generale secondo cui *ad impossibilia nemo tenetur*.

Da quanto appena detto può desumersi, allora, che presupposti minimi per la configurazione di un reato omissivo a carico di un soggetto sono:

1. la sussistenza di un **obbligo giuridico di agire** in capo allo stesso;
2. la **possibilità** in concreto di adempiere detto obbligo giuridico.

Nell'ambito della categoria dei reati omissivi, si è soliti distinguere tra: **reati omissivi propri** e **reati omissivi impropri**.

4. I REATI OMISSIVI PROPRI

I **reati omissivi propri** (o di pura omissione) sono quelli che consistono nel solo mancato compimento da parte del soggetto dell'azione imposta da un preciso dovere giuridico. Essi sono, quindi, dei tipici reati di pura condotta, in quanto si perfezionano semplicemente con l'omissione della condotta che il soggetto aveva l'obbligo giuridico di tenere, indipendentemente dalla conseguente verifica di un evento in senso naturalistico.

L'evento non costituisce, dunque, requisito strutturale del fatto tipico.

Elementi costitutivi dei reati omissivi propri sono, allora:

- i presupposti della condotta, ossia quell'insieme di situazioni – di fatto o di diritto – preesistenti alla condotta e la cui sussistenza è imprescindibile per il compimento dell'omissione tipica in quanto attivano o fanno sorgere l'obbligo di agire (ad es. la condizione di pericolo del soggetto bisognoso di soccorso nel reato di omissione di soccorso di cui all'art. 593 c.p.);
- l'omissione, ossia il comportamento negativo, di *non facere*, del soggetto che, invece, avrebbe dovuto attivarsi in un certo modo;
- il termine (implicito o esplicito) entro cui l'obbligo giuridico di attivarsi doveva essere adempiuto e, quindi, l'azione imposta doveva essere tenuta. (MANTOVANI).

Un esempio di reato omissivo proprio è il **reato di omissione di atti di ufficio** (art. 328, comma 2 c.p.) si perfeziona con il semplice mancato compimento entro trenta giorni dalla richiesta dell'interessato (e senza esposizione delle ragioni del ritardo) dell'atto del suo ufficio da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che era tenuto alla sua adozione per legge o per contratto (cfr. artt. 4 e 5 della l. 241/1990, che impongono alle PP.AA. di individuare l'unità organizzativa

responsabile per ciascun procedimento relativo all'adozione di atti attribuiti alla competenza della stessa P.A.. All'interno dell'unità organizzativa deve poi essere nominato il responsabile del procedimento. Fino a tale nomina, ai sensi dell'art. 5, comma 2 l. 241/1990 è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa, nei cui confronti sarà quindi configurabile il reato di omissione di atti di ufficio. In tal senso **Cass. pen., Sez. VI, 8 settembre 2015, n. 38905**: *“È configurabile il reato di omissione d'atti d'ufficio, previsto dall'art. 328, comma secondo, cod. pen., nei confronti del dirigente dell'unità amministrativa che, a seguito della ricezione di una diffida indirizzata impersonalmente al suo ufficio, ometta di fornire qualunque risposta oltre il termine di trenta giorni, quando non è stato individuato il responsabile del procedimento, posto che, a norma dell'art. 5, comma secondo, della legge n. 241 del 1990, il dirigente rimane responsabile dell'azione della P.A. nei confronti del privato finché non sia stata effettuata la nomina nei confronti del privato finché non sia stata effettuata la nomina del responsabile del procedimento.”*).

Deve, tuttavia, darsi conto del fatto che per ingenerare nel pubblico ufficiale o nell'incaricato di pubblico servizio l'obbligo di attivarsi, è indispensabile che la richiesta del privato sia presentata in forma scritta, evidenzi l'interesse concreto del soggetto che la presenta all'adozione dell'atto ed assuma la natura e la funzione tipica della diffida ad adempiere, *“dovendo la stessa essere rivolta a sollecitare il compimento dell'atto o l'esposizione delle ragioni che lo impediscono. Ne consegue che il reato si consuma quando, in presenza di tale presupposto, sia decorso il termine di trenta giorni senza che l'atto richiesto sia stato compiuto, o senza che il mancato compimento sia stato giustificato. (Nell'affermare il principio, la S.C. ha escluso il reato in presenza di mere richieste al Consiglio dell'ordine degli avvocati di revoca della sospensione cautelare dall'esercizio della professione forense, prive di formali*

diffide ad adempiere rivolte al pubblico ufficiale).” (Cass.pen., Sez. VI, 15 gennaio 2014, n. 2331).

La sufficienza, per l'integrazione del reato di omissione di atti d'ufficio, del mancato compimento dell'atto dovuto da parte del soggetto che aveva l'obbligo giuridico di compierlo ha fatto sorgere dei dubbi circa la configurabilità di tale reato nei casi di **silenzio significativo** – ossia in quei casi in cui la legge attribuisce all'inerzia dalla P.A. rispetto ad una istanza del privato valore positivo di accoglimento (c.d. silenzio-assenso - v. art. 20 l. 241/1990) o valore negativo di rigetto della stessa (c.d. silenzio-diniego – v. art. 25, comma 4 l. 241/1990) – e nei casi di **silenzio-inadempimento**.

Quanto al c.d. silenzio-inadempimento, in quanto comportamento inerte della P.A. violativo dell'obbligo giuridico di provvedere posto a suo carico, cui il privato può reagire facendo ricorso al giudice amministrativo con l'azione avverso il silenzio – art. 31 c.p.a. –, è ormai pacifico che esso non ha valore provvedimentale negativo ma di mero inadempimento e non esclude quindi la configurabilità del reato di cui all'art. 328, comma 2 c.p. (in tal senso **Cass.pen., Sez. VI, 6 aprile 2000, n. 5691**).

Quanto al silenzio-assenso e al silenzio-diniego, invece, in ragione del fatto che in questi casi la legge attribuisce all'inerzia della P.A. rispetto ad una richiesta del privato valore di provvedimento, la configurabilità del reato di omissione di atti d'ufficio non può ammettersi. Qui, infatti, è lo stesso ordinamento ad escludere che vi sia un'omissione, attribuendo al silenzio serbato dalla P.A. un preciso valore provvedimentale. L'inerzia della P.A., dunque, in questi casi, giova ribadirlo, ha – per espressa previsione normativa – valore di provvedimento di rigetto o di accoglimento dell'istanza del privato e non di omissione di un atto dovuto.

5. REATI OMISSIVI IMPROPRI

Nei **reati omissivi impropri** (o di non impedimento), invece, la violazione penalmente rilevante consiste nel mancato impedimento di un evento materiale che si aveva l'obbligo giuridico di impedire e che rileva penalmente in virtù della clausola generale di cui all'art. 40, comma 2 c.p., secondo cui "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*" (c.d. **clausola di equivalenza**).

La legge attribuisce, allora, in questi casi rilevanza penale non all'omissione in quanto tale ma al non impedimento dell'evento, la cui verifica costituisce requisito strutturale del fatto tipico, a differenze che nei reati omissivi propri.

Si tratta, dunque, di **reati di evento** (o con evento naturalistico), ossia di reati in cui per la consumazione è necessario, oltre al compimento di una data azione od omissione (sufficiente nei reati di pura condotta), il verificarsi di un determinato effetto eziologicamente ricollegato alla condotta.

Ulteriore elemento di differenziazione tra i reati omissivi propri ed impropri è ravvisato da parte della dottrina (FIANDACA-MUSCO) nella espressa tipizzazione o meno della fattispecie.

In particolare, secondo il citato orientamento dottrinale, i reati omissivi impropri – al contrario dei propri – non sono singolarmente previsti dal legislatore, ma necessitano di essere ricostruiti dall'interprete attraverso la combinazione tra la clausola generale dell'art. 40, comma 2 c.p. con le norme di parte speciale configuranti reati commissivi convertibili in forma omissiva.

Tale ricostruzione, fondata sulla diversa tecnica di tipizzazione, è tuttavia avversata da parte di altra autorevole dottrina (MANTOVANI), in ragione del fatto che anche i reati omissivi impropri possono essere espressamente previsti dal legislatore, come confermato dalla fattispecie del mancato impedimento di strepitii di animali di cui all'art. 659 c.p., secondo cui "*Chiunque, mediante schiamazzi o rumori, ovvero abusando di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche, ovvero suscitando o **non***

impedendo strepitii di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone, è punito ...”.

Quanto all’equivalenza normativa dell’omissione, ai sensi del richiamato art. 40, comma 2 c.p., che consente di configurare come reati omissivi fattispecie commissive di parte speciale, essa deve ritenersi limitata, come risulta dalla stessa collocazione della norma, ai **reati con evento naturalistico** (GRASSO) e **non** riguarda, invece:

- reati di pura condotta;
- i reati a forma vincolata, per i quali siano richieste modalità tali da risultare ontologicamente incompatibili con una manifestazione in forma omissiva;
- i reati abituali, sempre costruiti attorno alla realizzazione di una pluralità di condotte, senza che sia necessario il verificarsi di un evento naturalistico.

6. LA POSIZIONE DI GARANZIA

Alla luce di quanto detto, si ritiene dunque che l’ambito di operatività ideale della clausola di equivalenza sia quello delle **fattispecie di evento causalmente orientate**, cioè di quelle fattispecie in cui la condotta è descritta in termini di pura produzione di un evento, senza l’indicazione di particolari modalità di svolgimento.

Elementi costitutivi dei reati omissivi impropri sono:

- la situazione tipica, ossia l’insieme dei presupposti di fatto che generano una situazione di pericolo per il bene da proteggere, rendendo attuale in capo al c.d. “garante” il dovere di attivarsi per impedire il verificarsi dell’evento che la norma penale mira ad evitare che si verifichi;

- l'omissione, ossia il mancato compimento della condotta impeditiva dell'evento;
- l'evento naturalistico, cioè il risultato che la norma incriminatrice mira ad evitare che si verifichi;
- il nesso di causalità tra il mancato compimento dell'azione doverosa e la verifica dell'evento.

Ulteriore ed imprescindibile presupposto per l'operatività della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 c.p. è che il soggetto abbia un **obbligo giuridico di impedire l'evento**, derivante da un c.d. **posizione di garanzia**.

La posizione di garanzia è costituita da obblighi di contenuto particolare: ricadenti solamente su **determinati soggetti** e non sulla collettività e riguardanti solo alcuni beni dei consociati.

In altre parole, le fattispecie omissive improprie rappresentano ipotesi di reati "propri" in quanto gli autori del reato possono essere soltanto i qualificati destinatari degli obblighi di garanzia.

Quanto alle **fonti** dell'obbligo di impedire l'evento, l'impostazione dottrinale tradizionale, accolta dalla giurisprudenza di legittimità, ritiene che le fonti dell'obbligo possano essere identificate unicamente con le cc.dd. fonti formali:

- legge, penale o extrapenale;
- contratto.

In tal senso, la Corte di Cassazione ha affermato che *"Il committente di lavori edili non può, per ciò solo, essere considerato responsabile della mancata osservanza, da parte dell'assuntore di detti lavori, delle norme in materia di smaltimento dei rifiuti, non essendo derivabile da alcuna fonte giuridica (legge, atto amministrativo o contratto) l'esistenza, in capo al committente, di un dovere di garanzia dell'esatta osservanza delle suindicate norme."* (Cass.pen., Sez. III, 28 gennaio 2003, n. 15165).

Secondo altri orientamenti dottrinali, possono costituire altresì fonti dell'obbligo di garanzia:

- la precedente attività pericolosa, da cui deriverebbe l'obbligo di chi l'ha posta in essere di attivarsi per impedire il verificarsi di conseguenze dannose (es. apertura di una buca su una strada a traffico pedonale, da cui dovrebbe derivare la responsabilità del soggetto che l'ha realizzata per il mancato impedimento delle eventuali lesioni provocate a taluno che sia caduto nella buca);
- l'assunzione volontaria della posizione di garanzia, in mancanza di fonte legale o negoziale (si pensi al soggetto che, esaltando le sue doti di conoscitore della zona, si offre spontaneamente di accompagnare dei turisti ad una gita in un bosco, nel corso della quale per un fatale incidente uno degli accompagnati muore);
- la consuetudine.

Le posizioni di garanzia si suddividono in:

1. **posizioni di controllo** su determinate fonti di pericolo – si tratta delle posizioni di garanzia poste a carico di colui che controlla o gestisce una fonte di pericolo, il quale ha conseguentemente l'obbligo di evitare, mediante la predisposizione di adeguate cautele, che questa possa recare danni ai terzi;
2. **posizioni di protezione** di un determinato bene giuridico – ossia quelle che hanno come fine quello di preservare determinati beni giuridici da qualsiasi fonte di pericolo che possa minacciarne l'integrità. Esse trovano la propria giustificazione nel particolare legame giuridico tra il garante e il titolare dei beni da proteggere (es. posizione di garanzia dei genitori nei confronti dei figli);
3. **posizioni di garanzia** aventi ad oggetto l'impedimento di altrui fatti di reato .

Per l'analisi di alcune specifiche ipotesi di posizioni di garanzia si rinvia al *focus* giurisprudenziale.

Per evitare di creare ipotesi di responsabilità da posizione, inammissibili nel nostro ordinamento per il principio costituzionale della personalità della responsabilità penale, è indispensabile verificare di volta in volta che il soggetto individuato quale garante sia titolare di **precisi e preesistenti poteri impeditivi** dell'evento che si intende scongiurare. Il garante deve avere, inoltre, la **concreta e materiale possibilità** di porre in essere l'azione impeditiva.

Sulla base di tali elementi, l'obbligo di garanzia può essere distinto da:

a) obblighi di sorveglianza – che consistono nell'attribuzione a specifiche categorie di soggetti privi di poteri giuridici impeditivi di obblighi di vigilanza sull'operato di terzi per conoscere dell'eventuale commissione di illeciti e informarne il garante o il titolare di beni (si pensi ai soggetti preposti alla vigilanza sul rispetto delle norme infortunistiche, obbligati a riferire di eventuali loro violazioni al datore di lavoro, titolare della posizione di garanzia);

b) obblighi di attivazione – cioè quelli che una norma incriminatrice pone talvolta, al verificarsi dei presupposti di fatto dalla stessa previsti, a carico di soggetti privi di poteri giuridici impeditivi (es. l'obbligo di soccorso posto dall'art. 593 c.p. a carico di chiunque trovi qualcuno in stato di incapacità di provvedere a se stesso).