

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE "CESARE BECCARIA"

XXVIII CICLO

DIRITTO PENALE ITALIANO E COMPARATO

LA COLPEVOLEZZA NEI REATI OMISSIVI PROPRI: RILIEVI CRITICI E
SPUNTI DI RIFLESSIONE ALLA LUCE DELLA RECENTE
GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI REATI TRIBUTARI

Tesi di dottorato di

Marika Piazza

Coordinatore del corso di dottorato

Chiar.mo Prof. Claudio Luzzati

Tutor

Chiar.mo Prof. Fabio Basile

INDICE

<i>Premessa</i>	4
-----------------------	---

CAPITOLO I

PROFILI INTRODUTTIVI

1. I reati omissivi propri	8
1.1. Distinzione tra reati omissivi propri ed impropri	11
1.2. Gli elementi costitutivi dei reati omissivi propri	16
2. Scarsità dei contributi aventi carattere generale in tema di reato omissivo proprio e ragioni storiche	20
3. Funzioni e limiti del diritto penale in relazione ai reati omissivi propri	24
4. Le principali fattispecie omissive proprie nell'ordinamento italiano	34
4.1. Doveri di solidarietà	35
4.2. Lotta alla criminalità	40
4.3. Esigenze dello stato sociale di diritto	43
4.3.1. Doveri del contribuente: in particolare i delitti previsti agli artt. 10 <i>bis</i> e 10 <i>ter</i> D.lgs. 74/2000	45

CAPITOLO II

PROFILI PROBLEMATICI DELLA COLPEVOLEZZA NEL REATO OMISSIVO PROPRIO

1. La <i>suitas</i> della condotta	52
2. Il dolo nei reati omissivi propri: struttura e oggetto	61
2.1. La commistione tra dolo e conoscenza del comando.....	69
2.1.1. La distinzione tra reati “a situazione tipica pregnante” e reati “a situazione tipica neutra”	70
2.2. L’errore sull’obbligo di agire	74
2.2.1. L’errore nei reati “a situazione tipica pregnante”	80
2.2.2. L’errore nei reati “a situazione tipica neutra”	81
2.3. Il dolo eventuale	87
2.4. L’accertamento del dolo e le tendenze della giurisprudenza: <i>dolus in re ipsa</i> , “degradazione” del dolo in colpa e trasformazione di taluni delitti in contravvenzioni	89
3. La colpa	92

CAPITOLO III

L’INESIGIBILITÀ NEL REATO OMISSIVO PROPRIO

1. Il principio di inesigibilità: concetto, origini storiche, <i>ratio</i> e critiche.....	94
1.1. L’influenza della concezione normativa della colpevolezza sulle indagini intorno alla inesigibilità	98

1.1.1. La ricerca di criteri di concretizzazione dell'inesigibilità	104
1.1.2. Il panorama in Italia	107
1.1.3. Il punto sul(le origini storiche del) principio di inesigibilità	111
2. I rapporti tra inesigibilità e reati omissivi propri	115
3. L'inquadramento sistematico dell'inesigibilità nei reati omissivi propri	118
3.1. Esimente che agisce a livello di: tipicità.....	119
3.2. (segue): antigiuridicità.....	124
3.3. (segue): colpevolezza	126
3.3.1. L'inesigibilità come causa generale di esclusione della colpevolezza e ratio delle scusanti codificate	128
3.3.2. L'incerta natura dello stato di necessità	129
4. Le tendenze della recente giurisprudenza italiana in tema di inesigibilità nei reati omissivi propri: in particolare nei reati tributari	132
4.1. Aperture	137
4.1.1. Esclusione del fatto tipico: crisi di liquidità come ipotesi di forza maggiore	139
4.1.2. Esclusione della colpevolezza	142
4.1.3. La crisi di liquidità come espressione del principio di inesigibilità	145
5. Spunti per una prospettiva <i>de iure condendo</i>	148
 <i>Bibliografia</i>	 151
 <i>Casistica Giurisprudenziale</i>	 169

Premessa

La crisi finanziaria che negli ultimi anni caratterizza l'economia ha dato nuova vitalità ad un tema che sembrava ormai arenato: quello della c.d. inesigibilità.

In particolare, la recente giurisprudenza di merito in materia di reati omissivi tributari, sebbene attraverso una varietà di percorsi motivazionali non sempre coerenti tra loro, ha registrato significative e coraggiose aperture volte a riconoscere ad alcuni casi di illiquidità finanziaria un'efficacia rilevante per evitare condanne "ingiuste".

L'occasione fornita da queste pronunce ha rappresentato lo spunto per affrontare lo studio dei **reati omissivi propri** anche dal punto di vista politico-criminale al fine di verificare, in una prospettiva *de iure condendo* ed in considerazione delle funzioni e dei limiti del diritto penale, l'opportunità o meno della creazione da parte del legislatore di nuove fattispecie omissive proprie ovvero la depenalizzazione di quelle esistenti.

Per giungere a tali conclusioni sarà necessario partire dall'analisi della **natura** dell'omissione penalmente rilevante nonché, quindi, delle peculiarità strutturali dei reati omissivi propri quali unici reati senza evento o, *rectius*, caratterizzati dalla mancata produzione di un risultato desiderato.

Solo attraverso tale prospettiva sarà possibile approfondire e comprendere la questione della **colpevolezza**, altro polo nevralgico oggetto di studio della categoria dei reati omissivi.

In particolare, una volta dimostrato che non è condivisibile né sostenibile l'indirizzo dottrinale che nega *in toto* la sussistenza e configurabilità di un'autentica volontà nei reati omissivi, si avrà modo di analizzare le ripercussioni della mancata configurabilità di un evento

naturalistico e della natura normativa dell'omissione sull'individuazione e l'accertamento sia della coscienza e volontà rilevante *ex art. 42, comma 1, c.p.* sia del dolo *ex art. 43, comma 1, c.p.*

Se si individua, aderendo alla teoria della colpevolezza, l'oggetto del dolo nel fatto tipico di reato con esclusione della sua anti giuridicità, si avrà modo di verificare che nel nostro ordinamento sono presenti fattispecie che mettono in crisi i fondamenti della disciplina generale sui rapporti tra dolo e anti giuridicità.

In particolare, i **reati omissivi propri a struttura tipica neutra**, ossia, secondo la bipartizione effettuata da un illustre Autore italiano, fattispecie fondate su situazioni di obbligo prive di referenti fattuali significativi, presentano una sovrapposizione tra fatto e precetto e tra dolo e conoscenza del comando.

Ed infatti, se il soggetto agente deve volere omettere l'azione dovuta deve conoscere previamente quale essa sia, e richiedere tale coscienza a volontà null'altro significa che richiedere che il soggetto sia a conoscenza della doverosità di una tale condotta.

Tuttavia, se la norma non prevede presupposti fattuali particolarmente "significativi" in grado di evocare diritti e doveri di natura etico-morale alla cui presenza i consociati agevolmente associano l'insorgenza della necessità di porre in essere una determinata condotta attiva, la conoscenza della doverosità dell'azione omessa può desumersi solo dalla conoscenza della stessa legge penale che, incriminando l'omissione, indica quale sia appunto l'azione doverosa.

Il ruolo così attribuito alla consapevolezza del disvalore del fatto quale elemento del dolo urta con il precetto previsto all'art. 5 c.p. nella sua rivisitazione operata dalla Corte costituzionale con la sentenza del 24 marzo

1988, n. 364 secondo cui «nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale dovuta a colpa».

E così la chiave di lettura desumibile dalla distinzione elaborata dal Bricola e sopra richiamata, costituita dal collegamento del dolo alla maggiore o minore capacità di impulso psicologico dei presupposti del dovere nelle diverse fattispecie omissive, rappresenterà il faro che guiderà il presente studio attraverso le diverse zone d'ombra derivanti dalla peculiarità delle fattispecie omissive proprie, tra le quali anche il delicato problema del rilievo dell'errore sui presupposti di agire.

Partendo dalla considerazione generale secondo la quale quando si agisce ci si può più facilmente rendere conto, attraverso la modificazione della realtà esterna, di ledere o porre in pericolo un diritto altrui, viceversa, quando si omette, soprattutto nelle ipotesi in cui l'omissione non rappresenta l'omesso impedimento di un danno ma la mancata produzione di un risultato utile, sarà più frequente trovarsi nella situazione in cui il soggetto non sapeva di dover porre in essere una determinata condotta prevista dalla legge come doverosa, si porrà in luce la difficoltà di individuare, nei casi di errore sull'obbligo di agire, il controverso confine tra l'errore «extrapenale» escludente il dolo *ex art. 47, ultimo comma, c.p.*, e l'errore sul precetto che non rileva a meno che sia inevitabile.

L'indagine, poi si concentrerà sulla c.d. **inesigibilità** e sulla sua difficile collocazione nella sistematica della teoria del reato.

Se per alcuni, la circostanza che l'agente si sia trovato in condizioni tali da non potersi umanamente pretendere dal medesimo una condotta diversa da quella tenuta in concreto e, quindi, da non potersi esigere un comportamento conforme al precetto penale violato, esclude in radice la tipicità della condotta, per altri l'impossibilità di agire viene situata tra le

scriminanti quale causa di esclusione dell'antigiuridicità, per altri ancora escluderebbe sia il dolo che la colpa, e per altri, infine, la punibilità.

A fronte di tale incertezza, appare, viceversa, senza dubbio che il terreno più fertile per l'approfondimento del tema della rilevanza dell'inesigibilità è rappresentato dall'omissione. La possibilità che si verificano anomalie nella situazione di fatto diventa un ostacolo rilevante quando si è tenuti a porre in essere un determinato comportamento rispetto alle ipotesi in cui è possibile scegliere tra numerose altre alternative e si deve esclusivamente evitare di tenere una delle condotte possibili, tanto che, anche storicamente, è stato affermato che *"le leggi possono dare martiri all'eroismo come la religione li ha dati alla fede, ma non possono come quella punire coloro che non hanno il coraggio di richiedere un simile sforzo"*¹.

La prospettiva conclusiva, in un'ottica *de iure condendo* sarà, quindi, quella di trarre dalla teoria della necessaria conoscenza dell'antigiuridicità per la realizzazione dolosa dei reati omissivi propri a condotta tipica neutra, dalle conseguenze in tema *error iuris*, dal "ritorno" della categoria dell'inesigibilità, deduzioni utili per risolvere il problema dei limiti entro i quali il legislatore dovrebbe attenersi nel sanzionare penalmente condotte prive di un retroterra di antisocialità e di pregnanza fattuale nella categoria dei delitti, e della ricerca del giusto equilibrio, in uno stato di diritto democratico come quello attuale, tra l'utilizzo dello strumento penale in funzione promozionale e il principio costituzionale della responsabilità penale personale *ex art. 27, I comma, Cost.*

¹ G. FILANGERI, *La scienza della legislazione del cavaliere Gaetano Filangeri*, Edizione terza Veneta diligentemente corretta e ripurgata, Venezia, 1806, Tomo III, § 37.

CAPITOLO I

PROFILI INTRODUTTIVI

Sommario: 1. I reati omissivi propri. – 1.1. Distinzione tra reati omissivi propri ed impropri. – 1.2. Gli elementi costitutivi dei reati omissivi propri. – 2. Scarsità dei contributi aventi carattere generale in tema di reato omissivo proprio e ragioni storiche. – 3. Funzioni e limiti del diritto penale in relazione ai reati omissivi propri. – 4. Le principali fattispecie omissive proprie nell'ordinamento italiano. – 4.1. Doveri di solidarietà. – 4.2. Lotta alla criminalità. – 4.3. Esigenze dello stato sociale di diritto. – 4.3.1. Doveri del contribuente: in particolare i delitti previsti agli artt. 10 *bis* e 10 *ter* D.lgs. 74/2000.

1. I reati omissivi propri.

Tradizionalmente, soprattutto nelle legislazioni liberali nelle quali il diritto veniva concepito come mero strumento di conservazione della società e, quindi, come insieme di limiti alle libertà personali, il modello tipico di illecito penale era rappresentato dal reato di azione.

In tali ordinamenti la regola era costituita dalla imposizione di doveri penalmente rilevanti a contenuto negativo², mentre gli obblighi di attivarsi penalmente sanzionati provenienti da una fonte diversa dall'autonomia dei privati rappresentavano solo un'eccezione.

Se da una parte, per il liberalismo giuridico si riconosceva che lo Stato potesse, nella sua veste di legislatore, imporre all'individuo di omettere tutto ciò che potesse provocare un danno o porre in pericolo beni ritenuti meritevoli di tutela, dall'altra non si dimenticava che anche il singolo consociato possedeva dei diritti di libertà che lo Stato non poteva disconoscere. Già Fuerbach osservava che *“il dovere primario dei sudditi*

² G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 65.

riguarda solo le «omissioni»; solo eccezionalmente può essere imposto all'individuo un dovere di rendersi attivo per proteggere un bene giuridico altrui; quindi di rinunciare ad una parte della propria libertà per garantire i beni tutelati»³.

Tuttavia, come vedremo più dettagliatamente nel proseguo, a seguito di un lungo periodo in cui la repressione penale di condotte di mera "inazione" ha rappresentato un'eccezione, l'avvento delle prime legislazioni assistenziali, le guerre e il *boom* dello stato sociale, hanno rappresentato il terreno fertile per un "continuo e progressivo aumento"⁴ degli obblighi positivi di condotta penalmente sanzionati.

Parallelamente a tale fenomeno, la dottrina ha cercato di individuare e determinare la dimensione c.d. «ontologica» dell'omissione, chiedendosi cosa fosse l'omissione, che cosa significasse, anche al di fuori del diritto, il termine «omissione».

In merito si sono sviluppate, così, numerose teorie. Sinteticamente e anticipando le conclusioni cui è giunta la parte predominante e ormai unanime della dottrina, si può affermare che l'omissione è, naturalisticamente, un *non facere*, un *quid vacui*.

Tuttavia, numerosi sono stati i tentativi e gli artifici utilizzati al fine di accumunare la condotta attiva a quella omissiva nella ricerca di un momento naturalistico comune ad entrambe le condotte.

È così che si trovano, tra i sostenitori delle teorie c.d. naturalistiche dell'omissione, coloro i quali ritenevano che l'omissione si risolvesse nella inerzia, in quanto "il soggetto attivo di un reato omissivo non mancherebbe di porre in essere una condotta oggettivamente rilevabile attraverso i sensi, anche se

³ P. GALLIANI, *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980, p. 8.

⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo digesto italiano*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 17.

tale condotta, in nessun caso, verrebbe ad assumere la forma specifica dell'azione o dell'attività"⁵.

Un diverso e senza dubbio più famoso tentativo per ancorare l'omissione alla realtà del mondo esterno è stato compiuto dai sostenitori della teoria dell'*aliud facere*. Secondo tale concezione – attribuibile al criminalista tedesco Luden⁶ e seguita anche in Italia⁷, – l'omissione consisteva nell'azione inversa rispetto all'azione che si doveva e poteva compiere. Tuttavia, anche tale teoria nella ricerca di un *quid* naturalisticamente percepibile da porre alla base del concetto normativo di omissione, in realtà convertiva quest'ultima in un fare positivo, trasformando l'omissione nella condotta tenuta in luogo di quella doverosa.

Come anticipato, entrambe le concezioni – accumulate da un equivoco di fondo, ossia l'idea che il qualcosa in cui consiste l'omissione dovesse necessariamente essere un dato corporeo naturalisticamente rilevabile attraverso i sensi (cioè un aspetto esteriore che, in realtà, è parte costitutiva del solo concetto di azione) – sono state sottoposte a serrate e ferme critiche con la conseguenza che, ad oggi, si possono ritenere del tutto superate a favore della teoria normativa secondo la quale l'omissione consiste nel non compiere l'azione possibile che il soggetto ha il dovere giuridico di compiere.

Queste vane ricerche e teorie, infatti, portavano e portano con sé il rischio di ridurre azione ed omissione ad elementi di identica struttura e

⁵ M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, p. 9.

⁶ Per un approfondimento sul punto si rinvia a M. SPASARI, *L'omissione*, cit., p. 11, nota 10.

⁷ Tra i sostenitori della teoria dell'*aliud agere*, si veda, tra gli altri, E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato: contributo alla teoria dell'atto punibile*, Pisa, 1923, e F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Vol. II, Padova, 1945.

rappresentavano il diretto portato *“della scelta dell’azione (in senso stretto) come «prototipo» delle manifestazioni delittuose”*⁸.

Ed infatti, oggi, si è rinunciato al vano sforzo di ricondurre il fare e l’omettere nell’ambito di un medesimo superconcetto di «azione», in quanto l’omissione *«si riferisce a dati che possono essere pensati solo sotto logica presupposizione di una norma»*⁹. Punto fermo di tale concezione è che l’omissione non è semplicemente un non agire in generale ma il non compimento di una determinata azione. Da ciò consegue una profonda differenza tra azione ed omissione che influenzerà anche gli altri elementi della fattispecie omissiva. Ed, infatti, se l’azione esiste *“di per sé”* anche senza il riferimento ad una norma che la vieta, *“non esiste un’omissione prima della norma che la vieta, che comanda l’azione omessa”*¹⁰.

La conclusione a cui si giunge aderendo all’indirizzo normativo è, quindi, che *“un’omissione esiste se, e dal momento in cui, una norma, anche non giuridica, ne fa oggetto di considerazione comandando l’azione omessa”*¹¹.

1.1. Distinzione tra reati omissivi propri e reati omissivi impropri.

Una volta appurato che l’omissione, quale *non facere quod debetur*, è concetto puramente normativo e che, pertanto, lo studio del reato omissivo va condotto separatamente da quello avente ad oggetto il reato commissivo, si ritiene utile accennare brevemente alla storica distinzione¹² tra reati

⁸ P. GALLIANI, *Il problema della condotta*, cit., p. 62.

⁹ Il pensiero è riferibile a K. ENGISCH (illustre teorico tedesco del secolo scorso) ed è stato ripreso da G. MARINUCCI, *Il reato come azione – Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 95.

¹⁰ P. GALLIANI, *Il problema della condotta*, cit., p. 64.

¹¹ IBIDEM, p. 65.

¹² Seppure, sul punto, per spirito di precisione, si evidenzia che vi è una parte della dottrina che sostiene l’impossibilità e l’inutilità della sussistenza di una categoria di reati di pura omissione, in quanto sostiene che anche nei reati omissivi propri vi sia un evento in senso giuridico, ossia il non realizzarsi della modificazione comandata dalla norma penale e che, pertanto, all’evento così descritto in senso giuridico corrisponde sempre un evento c.d.

omissivi denominati propri e reati omissivi denominati impropri, quest'ultimi definiti anche "commissivi mediante omissione"¹³.

Le tematiche studiate ed approfondite a partire dall'Ottocento avevano ad oggetto per lo più l'essenza dell'omissione ed erano strumentali all'analisi e alla risoluzione di questioni pertinenti ad una sola della due classi di reati omissivi, ossia l'unica per la quale si poteva parlare di un nesso di causalità¹⁴.

Già il dato empirico in base al quale fino ad oggi, spontaneamente, la dottrina penalistica si è orientata nel valorizzare la distinzione tra i due tipi di reati omissivi propri ed impropri, significa che l'esigenza di uno studio differenziato anche di queste categorie di reati è particolarmente importante¹⁵: tanto che sul punto non vi sono dubbi e l'indipendenza dogmatica tra reato omissivo proprio ed improprio ormai si trova accolta in tutti i manuali di diritto penale.

naturalistico. Si veda sul punto: C. SALTELLI, *Il rapporto di causalità nel reato*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1939, p. 357. Tuttavia, tale teoria non ha trovato seguito nella dottrina dominante la quale ne ha rilevato gli aspetti critici sostenendo e confermando la bontà della distinzione tra il c.d. evento naturalistico e l'evento in senso giuridico. Si veda M. GALLO, *Il dolo, oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati di scienza giuridiche ed economiche (anno XX)*, 1951-52, n. 4, Milano, 1952, p. 206 ss.

¹³ Da ricordare, però, che la dizione "reati commissivi mediante omissione", risalente all'illustre autore tedesco LUDEN, viene poi superata da un altrettanto autorevole studioso d'oltralpe ARMIN KAUFMANN, ripreso nel nostro ordinamento da G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio – La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 11, il quale afferma che "da qui l'origine delle espressioni «delitti commissivi mediante omissione» e «delicta per omissionem commissa» il cui impiego però non appare più corretto una volta che si abbia chiaro che i reati omissivi impropri sono dei reati omissivi a tutti gli effetti e che essi violano delle norme di comando".

¹⁴ In Italia, prima dell'introduzione del capoverso dell'art. 40 c.p., si svilupparono acce dispute in tema di nesso di causalità. Si veda, per esempio, O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916.

¹⁵ Si veda, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, Bologna, VII ed., 2014, p. 319 ss., ove si pone in luce l'importanza della bipartizione tra reati omissivi propri ed impropri tanto che nell'ambito della tipicità gli Autori distinguono espressamente la problematica della «fattispecie obiettiva del reato omissivo proprio» da quella della «fattispecie obiettiva del reato omissivo improprio» così come in tema di dolo, colpa e tentativo.

Occorre premettere che, seppur storicamente e soprattutto in Germania¹⁶ il criterio di distinzione tra reati omissivi propri ed impropri non è stato univoco, in Italia il criterio dell'evento è stato di gran lunga sempre stato dominante¹⁷.

Sulla base di tale criterio – presenza o meno di un evento quale requisito strutturale del fatto di reato – rientrano nella definizione di reato omissivo proprio quei delitti omissivi che consistono nel mero mancato compimento di un'azione che la legge penale comanda di realizzare e per la sussistenza dei quali non occorre, pertanto, il verificarsi di alcun evento materiale.

¹⁶ Secondo autorevole dottrina tedesca, la distinzione risalirebbe al LUDEN che alla metà del secolo scorso operò la distinzione *“tra quelle pure infrazioni ad un comando, che non comportavano la lesione di un diritto soggettivo altrui, e quei delitti che erano commessi mediante omissione ma che avevano un evento, e dunque causavano la lesione di un bene giuridico”*. Tale spiegazione è espressa e riportata in termini chiari da A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, vol. I, p. 82 e note 40 – 41.

Sinteticamente per fare un pochino di chiarezza si elencano i metodi classificatori più interessanti: *a)* criterio dell'evento che si basa sulla presenza o meno di un evento nella fattispecie legale: nel primo caso si è in presenza di un reato omissivo improprio, nel secondo, proprio; *b)* criterio normologico secondo il quale i reati omissivi propri sono infrazioni ad un norma di comando, mentre quelli impropri violano una norma di divieto; *c)* in base a questo criterio i reati omissivi propri sono quelli che possono essere commessi solo attraverso una omissione; mentre quelli impropri possono essere commessi anche attraverso un'azione; *d)* criterio della tipizzazione ed attribuito ad ARMIN KAUFMANN secondo il quale quelli propri sono descritti espressamente dalla legge penale mentre quelli descritti come attivi e commissivi e che diventano omissivi tramite una clausola generale eventualmente codificata sono quelli impropri; *e)* criterio del garante in base al quale quelli propri sono i reati a cui non si applica la dottrina del garante; *f)* criterio ontologico secondo cui se la condotta omissiva è paragonabile ad una condotta attiva corrispondente si ha un reato omissivo improprio mentre se non è paragonabile si tratta di un reato omissivo proprio.

¹⁷ Si veda risalente nel tempo il O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, cit., pp. 47 e 59, che precisa: *“nei reati di mera omissione il reato consiste nella circostanza pura e semplice di omettere quello che invece si doveva attuare”* mentre *“nei reati commissivi mediante omissione dunque l'unico precetto giuridico violato è il divieto penale che in questi casi rivela la sua imperatività esigendo un determinato comportamento positivo capace di evitare la realizzazione di una certa conseguenza”*; nonché G. PERRONI FERRANTI, *Reati d'omissione*, in *Giust. Pen.*, 1989, vol. V, p. 840; più recentemente P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 435.

Appartengono, viceversa, alla categoria dei reati omissivi “impropri” quelli che si fondano sulla violazione dell’obbligo di impedire il verificarsi di un evento tipico ai sensi di una fattispecie commissiva-base¹⁸, rappresentando, pertanto, il “*pendant dei reati di evento commessi mediante azione*”¹⁹.

Pur se tale criterio classificatorio è, per ora, dominante in dottrina, numerosi sono i sostenitori della teoria in base alla quale vada attribuita rilevanza decisiva non solo alla presenza di un evento nella struttura del reato, quanto alla presenza o meno di una previsione legislativa espressa.

Ed infatti, “*la fattispecie del reato omissivo improprio nasce nel nostro ordinamento dal combinarsi della clausola generale contenuta nell’articolo 40 c.p. con le norme di parte speciale direttamente incentrate su un reato di azione e trasformate in fattispecie omissive per vie di interpretazione giudiziale*”²⁰.

Puntualizzato, seppur sinteticamente, quanto sopra, possiamo affermare che la principale peculiarità che caratterizza la categoria dei reati omissivi propri è da individuarsi nel fatto che sarebbe l’unico reato “*non caratterizzato da un evento, ed anzi consistente nella «mancata produzione di un evento», ritenuto vantaggioso dal legislatore*”²¹.

In questi reati la lesione dell’interesse tutelato dipende da una “*non modificazione*” del mondo esteriore, o meglio: “*dalla permanenza di uno stato di*

¹⁸ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pag. 588.

¹⁹ Espressione utilizzata da G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pag. 588.

²⁰ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 588-589. Gli Autori, seppur inizialmente utilizzano le espressioni “*reati commissivi mediante omissione*” aderiscono, poi, alla tesi di KAUFMANN che si basa sulla “*tecnica di tipizzazione*” secondo la quale i reati omissivi propri sono quelli direttamente configurati come tali dal legislatore penale (indipendentemente dalla presenza o meno di un evento naturalistico) mentre sono impropri quelli carenti di una previsione legislativa espressa e ricavabili dalla conversione di fattispecie create, in origine, per incriminare comportamenti positivi.

²¹ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 67.

fatto preesistente valutato negativamente, ovvero del non realizzarsi di uno stato di fatto valutato positivamente"²².

In definitiva, il reato omissivo proprio si presenta sempre come "mancata realizzazione" di un risultato utile: sia nel caso in cui la norma comandi la "produzione" di uno stato di fatto volutamente positivo, sia che comandi "l'eliminazione" di uno stato di fatto preesistente ritenuto dannoso o pericoloso, con la conseguenza che *"il non realizzarsi della modificazione comandata dalla norma penale, non è altro che l'effetto dannoso, cioè la conseguenza (in senso giuridico) cagionata dalla condotta dell'omittente vale a dire l'evento (giuridico) della fattispecie penale omissiva"*²³.

Lo scopo delle norme che prevedono reati omissivi propri, pertanto, è la realizzazione di una trasformazione del mondo esteriore. Non sempre, però, come si è detto, si tratta di una trasformazione di una preesistente situazione dannosa, dal momento che, a volte, la protrazione dello stato *a quo* è, infatti, socialmente indifferente.

Per esempio, nel caso del delitto di omissione di referto previsto dall'art. 365 c.p.²⁴, il risultato voluto non è l'eliminazione di una situazione negativa preesistente quanto il subentrare di una situazione considerata positivamente, ossia la presa di conoscenza da parte dell'autorità giudiziaria di un delitto. Viceversa, nel caso di omissione di soccorso ai sensi dell'art. 593 c.p., il risultato voluto è quello di attivarsi per eliminare una situazione preesistente obiettiva di pericolo per la persona che ha bisogno di aiuto.

²² P. GALLIANI, *Il problema della condotta*, cit., p. 112

²³ P. GALLIANI, *Il problema della condotta*, cit., p. 113, che richiama F. ANTOLISEI, *L'evento e il nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, p. 1 e ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, ed. XVI, 2003, p. 171, per il quale l'evento è il risultato dell'azione che nella fattispecie legale è richiesto per la consumazione del reato.

²⁴ *"Chiunque, avendo nell'esercizio di una professione sanitaria prestato la propria assistenza od opera in casi che possono presentare i caratteri di un delitto pel quale si debba procedere d'ufficio, omette o ritarda di riferirne all'Autorità indicata nell'art. 361, è punito con la multa fino ad euro 516. Questa disposizione non si applica quando il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale"*.

1.2. Gli elementi costitutivi del reato omissivo proprio.

Ferma la distinzione tra reati omissivi propri ed impropri, gli elementi costitutivi della fattispecie omissiva propria sono fissati espressamente dal legislatore attraverso le norme stesse che li prevedono, così come per i reati commissivi.

Innanzitutto, il primo elemento che caratterizza l'illecito in esame è rappresentato dalla situazione tipica, ossia l'insieme dei presupposti da cui scaturisce l'obbligo di attivarsi. Al fine di descrivere la situazione tipica, il legislatore indica, alcune volte in forma specifica, il "fine" cui deve tendere il compimento dell'azione comandata come nel caso del referto nel reato previsto dall'art. 365 c.p., mentre altre volte lascia il contenuto dell'obbligo di agire stabilito in forma generica, come nell'ipotesi di omesso soccorso ex art. 593 c.p. ove viene prescritto di "*prestare l'assistenza occorrente*" lasciando alle particolarità dei casi concreti la specificazione e l'individuazione del tipo di soccorso in concreto richiesto.

Il legislatore nel descrivere la situazione tipica può fare uso di elementi descrittivi che rinviano alla realtà naturalistica (come nell'omissione di soccorso), ovvero di elementi normativi giuridici (come nell'omessa denuncia di reato). Quest'ultima tecnica è aumentata parallelamente alla crescita delle fattispecie omissive nella legislazione soprattutto speciale.

Tuttavia, il richiamo a dati tecnici e a concetti giuridici anche di natura extrapenale ha come conseguenza un allontanamento dei reati omissivi propri dalla realtà naturale, sociale e dal sistema dei valori elementari e una tendenza ad assumere le vesti di «artificiosità»²⁵, con la conseguenza

²⁵ La contrapposizione tra "delitti naturali" e "delitti artificiali", espressa con le formule più varie tra cui anche "*male in se – mala quia prohibita*" (cfr. A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, vol. I, cit., p. 453), ha origini risalenti nel tempo (C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia*, vol. I, p. 70) e identifica i reati naturali con quelle condotte od omissioni considerate riprovevoli e meritevoli di sanzione penale

dell'emersione di una serie di problemi, soprattutto per quanto riguarda la colpevolezza che verranno analizzati con la debita attenzione nel corso del presente lavoro.

Il ruolo svolto dalla situazione tipica ossia quello di fornire i "presupposti da cui scaturisce l'obbligo di attivarsi"²⁶ oltre a rappresentare un elemento essenziale dei reati omissivi propri, costituisce anche lo spunto utilizzato da una parte della dottrina per sostenere che i reati omissivi rivestono, spesso, la qualifica di reati propri²⁷, in quanto possono essere posti in essere solo da soggetti che si trovino in una determinata situazione giuridica.

I sostenitori di tale orientamento affermano che "mentre l'obbligo di «non fare» può, in genere essere imposto a «chiunque», l'obbligo di «fare» implica, almeno tendenzialmente, una qualificazione particolare. Può imporsi ad ogni uomo l'obbligo di non uccidere e di non rubare; ma può imporsi solo a qualcuno l'obbligo di prestare soccorso etc. Perciò i reati omissivi sono, in genere, reati propri; e, anche quando non sono tali in senso stretto, sono pur sempre reati a numero di soggetti circoscritto"²⁸.

Secondo tale impostazione, anche le fattispecie come l'omissione di soccorso ex art. 593 c.p. o l'omessa denuncia ex art. 364 c.p. nelle quali il legislatore utilizza l'espressione "chiunque" o "il cittadino" e che non

dalla generalità dei consociati (esempio classico: l'omicidio) mentre i reati artificiali sono rappresentati da fattispecie previste e valutate come reati solo dalla legge. Sebbene tale distinzione può essere utile, la dottrina moderna ne ha rivelato alcune criticità tra cui l'indeterminatezza dei suoi contenuti e l'ambiguità della sua natura. Si veda F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nella società multiculturali*, Milano, 2010, p. 132.

²⁶ G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 31; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 321.

²⁷ Il termine proprio in questo caso è inteso nel senso della contrapposizione tra reati comuni e reati propri.

²⁸ P. NUVOLONE, *Il problema della responsabilità oggettiva nei reati di stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, n. 4, pp. 629-630.

rientrerebbero nella definizione di reato proprio, sarebbero da ritenersi differenti rispetto ai reati comuni. Sebbene il legislatore utilizza il generico “chiunque” e “chi”, i sostenitori della tesi dell’interpretazione dei reati omissivi come “propri” evidenziano che l’obbligo di fare è sempre, nelle ipotesi richiamate, collegato alla qualità della persona o ad una posizione che, in un determinato momento, il soggetto agente assume. In questi casi, quindi, sarebbe necessario, da parte dell’interprete, completare il testo letterale della norma e individuare il soggetto destinatario dell’obbligo che può rendersi autore del reato (come nell’ipotesi di cui all’art. 437 che pur recitando “chiunque” è stata interpretata da autorevole dottrina come reato proprio)²⁹.

Tuttavia, tale interpretazione non ha trovato un grande seguito in dottrina, bensì ha suscitato numerose perplessità in quanto si è rilevato che nei reati propri la specifica qualifica soggettiva richiesta dalla norma incriminatrice deve preesistere al fatto di reato, deve, cioè, essere solo considerata ma non creata dalla norma incriminatrice, mentre nell’omissione di soccorso o nell’omessa denuncia di reato da parte del cittadino – reati omissivi – la delimitazione soggettiva rappresenta solo un riflesso del fatto di reato stesso³⁰: soggetto attivo del reato di cui all’art. 593 c.p. e di cui all’art. 364 c.p. è, infatti, rispettivamente colui che “trova” il soccorrendo e il cittadino che ha notizia di un delitto contro la personalità dello Stato per il quale la legge stabilisce la pena dell’ergastolo, ma tale ritrovamento e tale conoscenza fanno parte del fatto tipico di reato (ne costituiscono, per la

²⁹ V. ZAGREBELSKY, voce *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 6.

³⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte generale*, VII ed., Padova, 2011, p. 184; ID., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 999.

precisione, un presupposto della condotta), e, quindi, non possono essere utilizzati per individuare il soggetto attivo³¹.

Il ruolo della situazione tipica non è limitato a fornire i presupposti alla presenza dei quali il soggetto deve attivarsi. Essa indica, altresì, molto spesso, lo scopo dell'azione dovuta, l'oggetto su cui essa deve attuarsi nonché il bene giuridico che deve essere protetto³².

Ed, infatti, è proprio la situazione di fatto a far sì che il soggetto "percepisca" il suo obbligo di agire.

Al fatto tipico del reato omissivo proprio appartiene, altresì, la condotta, o *rectius*, l'omissione, la quale, come già spiegato, consiste nel mancato compimento di quanto richiesto dalla norma nonché, strettamente connesso a tale elemento, anche il termine. Di fronte alla richiesta di porre in essere una condotta doverosa per aversi l'omissione è, infatti, necessario individuare quale sia il momento ultimo per adempiere e quello, quindi, in cui si consuma l'inadempimento, così come sostiene illustre dottrina secondo la quale "non esistono obblighi che non contengano esplicitamente o implicitamente il termine entro cui devono essere adempiuti; sarebbero obblighi dei quali mai si potrebbe imputare la violazione"³³.

Infine, secondo una parte della dottrina, nel fatto tipico va ricompreso anche il potere materiale di compiere l'azione doverosa, sulla base del principio "*ad impossibilia nemo tenetur*"³⁴. Tuttavia, sul punto sarà dedicato un

³¹ F. BASILE, *Il delitto di omissione di soccorso (art. 593 c.p.)*, Teoria e prassi, Ariccia, 2015, p. 45.

³² A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 786; G. FIANDACA, *Reati omissivi*, cit., p. 32; A.M. STILE, *Omissione rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, Napoli, 1974, p. 122.

³³ Sulla necessità di un termine affinché si possa parlare di omissione si veda M. GALLO, *Appunti di diritto penale - L'elemento oggettivo del reato*, Torino, p. 64

³⁴ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, pp. 816 – 817; orientamento accolto anche dalla maggioranza delle dottrine attuali, si vedano, tra gli altri, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, V ed., Milano, 2015, p. 213, secondo i quali nei reati omissivi propri "l'obbligo giuridico di agire presuppone il potere materiale di compiere l'azione doverosa (*ad impossibilia nemo tenetur*)", o ancora G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*,

approfondimento nel terzo capitolo, in quanto l'esatta collocazione dell'impossibilità di agire è tutt'oggi fonte di contrasti in dottrina e in giurisprudenza.

2. Scarsità dei contributi aventi carattere generale in tema di reato omissivo proprio e ragioni storiche.

“Anche la scienza ha le sue ‘Cenerentole’, e le trascura non perché sono le più scontrose, ma perché sembrano ad essa le meno degne di interesse”³⁵.

Come anticipato nel paragrafo precedente, la dottrina nel corso degli anni ha manifestato uno scarso interesse nei confronti dei reati omissivi propri come categoria privilegiando, viceversa, l'analisi di singoli reati di pura omissione³⁶ o determinate problematiche particolarmente “scottanti”³⁷, prevalentemente legate ai reati omissivi impropri e solo alcuni Autori d'Oltralpe, tra la fine del secolo scorso e l'inizio del Novecento, hanno cominciato a prendere in esame la problematica del reato omissivo proprio.

I motivi della predominanza assoluta dello studio del reato omissivo improprio sono vari.

In primo luogo, fino dell'entrata in vigore delle clausole generali di equiparazione tra omissione e azione descritta dalla norma di parte speciale come l'art. 40 c.p. nell'ordinamento italiano e l'attuale § 13 del StGB in quello tedesco, la dottrina si interrogava sulla possibilità di trasformare il reato descritto nella fattispecie legale quale illecito commissivo “*in omissivo*” stante

cit., p. 591, i quali sostengo che “*il compimento dell'azione comandata presuppone, in realtà, che il soggetto abbia la possibilità di agire nel senso normativamente richiesto*”.

³⁵ Traduzione che si trova in A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 3.

³⁶ Si veda per esempio, in Italia, la monografia di G. GUARNIERI, *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937.

³⁷ La dottrina ha, infatti, trattato la tematica del momento consumativo del reato omissivo, dell'elemento soggettivo (in particolare il dolo) e quella dell'ammissibilità o meno del tentativo. Si veda, in Italia, F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa – Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano, 1960, p. 112.

la difficoltà di tale trasformazione che poteva avvenire *“solo attraverso una integrazione della fattispecie stessa più o meno affidata all’interprete”*³⁸.

Ma uno dei motivi principali dello scarso interesse della dottrina nei confronti dei reati omissivi è da individuarsi nella assoluta eccezionalità, almeno nel tempo passato, dell’uso della sanzione penale per reprimere condotte di mera inazione, tanto che durante l’illuminismo Fuerbach sosteneva che *“l’obbligazione originaria del cittadino attiene esclusivamente alle astensioni”*, e nella collocazione di quei pochi illeciti omissivi senza evento nella categoria dei meri illeciti *“di polizia”*³⁹.

Nel passato, infatti, si sosteneva che solo ai delitti propriamente intesi conseguisse un danno, mentre alle trasgressioni un mero lucro cessante⁴⁰, con la conseguenza che i reati omissivi propri, in quanto non prevedono un evento dannoso bensì la mera mancata produzione di un risultato vantaggioso, potevano appartenere solo alle trasgressioni, categoria che non rivestiva particolare interesse dal punto di vista dogmatico.

Tuttavia, o forse anche per questi motivi, i reati omissivi rappresentano lo specchio delle varie concezioni dello Stato.

Nel periodo dello Stato assoluto – caratterizzato dalla necessità di mantenere l’ordine sociale al fine di far esaltare *“lo strapotere del dispotismo regio e dell’aristocrazia”*⁴¹ – nessuna istanza solidaristica era presente e i reati omissivi propri rappresentavano una rara eccezione; anche durante lo Stato liberale classico – nel quale la funzione del diritto penale si identificava non

³⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 88.

³⁹ Anche in Italia, la dottrina soleva distinguere gli illeciti tra *“delitti così propriamente detti, i quali sovvertono la sicurezza, e in delitti di polizia, che ledono la prosperità”*, quest’ultimi detti *“trasgressioni o contravvenzioni”* in G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863, § 152, p. 55 ss.

⁴⁰ Si veda sul punto A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 19, in particolare la nota 76 che richiama la teoria dell’autore tedesco J. GOLDSCHMIDT.

⁴¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. XXXIV.

nel far trionfare la virtù morale dei singoli consociati bensì solo nel *“vietare ciò che è strettamente essenziale per assicurare la vita in comune, cioè il pacifico e sicuro godimento del proprio diritto”*⁴² – non si riscontrava un particolare successo per le fattispecie omissive come, invece, avviene in modo netto nello Stato sociale⁴³.

La crisi del tradizionale Stato liberale e della concezione della *“non ingerenza”* dello stato nell’attività privata e la concomitante emersione delle prime legislazioni assistenziali hanno segnato un netto cambio di rotta caratterizzato da un *“continuo e progressivo aumento delle fattispecie omissive proprie”*⁴⁴. Tale tendenza si manifesta anche confrontando le fattispecie omissive descritte nel Codice Zanardelli e quelle del Codice Rocco e, in particolare, attraverso l’analisi delle modifiche apportate al delitto di omissione di soccorso, tanto che illustre dottrina sosteneva che all’indomani dell’entrata in vigore dell’attuale codice penale *“non fosse (...) affatto esagerato prevedere che il progresso del diritto penale si svolgerà anche nel senso di più numerose e intensificate ipotesi di reati omissivi, poiché l’attivarsi quando sia necessario per impedire un danno o per aumentare il benessere, verrà considerato come un dovere sociale”*⁴⁵.

La progressiva dilazione delle fattispecie omissive trova conferma, soprattutto nel nostro ordinamento e, in particolare, nel settore del diritto penale accessorio, nel dopoguerra a seguito dell’entrata in vigore della carta costituzionale.

Ed, infatti, lo sviluppo tecnologico della società e le nuove istanze solidaristiche consacrate nell’art. 2 Cost., hanno condotto il legislatore a

⁴² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. XXXVI.

⁴³ L. GIANFORMAGGIO, *Funzione o tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione*, in *Soc. dir.*, 1980, fasc. I, p. 79

⁴⁴ Si veda anche F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 17.

⁴⁵ G. GUARNIERI, *Il delitto di omissione di soccorso*, cit., p. 9.

potenziare la tutela di beni superindividuali o collettivi, quali l'economia⁴⁶, le risorse finanziarie pubbliche⁴⁷, l'ambiente⁴⁸ e l'assetto urbanistico del territorio attraverso l'introduzione di reati omissivi propri, sia nella forma dei delitti che delle contravvenzioni.

Ebbene, se da un lato i reati omissivi propri continuano ad essere considerati un'eccezione stante la loro maggiore interferenza nella sfera della libertà rispetto a quelli commissivi, dall'altro, alla luce delle nuove istanze solidaristiche di cui lo Stato comincia a farsi carico, sono considerati necessari per dare attuazione a questi nuovi obiettivi.

Tuttavia, parte della dottrina manifesta "*un'accorta opera di depenalizzazione*"⁴⁹, al fine di trovare un punto di equilibrio tra l'istanza, ancora oggi condivisibile, di non limitare in modo eccessivo la libertà degli individui e quella di rispettare e dare attuazione al principio solidaristico.

In conclusione, sebbene nell'ordinamento attuale sono numerosi i reati omissivi propri, lo studio di questi reati rimane ai margini delle tematiche affrontate dalla dottrina e presenta numerose difficoltà a causa sia del ritardo con cui le questioni relative ai reati omissivi propri si sono presentate agli studiosi sia soprattutto per le asperità che tale categoria di reati mostra⁵⁰ sia dal punto di vista politico-criminale sia da quello dogmatico e che si avrà modo di affrontare nel proseguo

⁴⁶ A titolo di esempio si veda il reato di omessa dichiarazione dei redditi ai sensi dell'art. 5 D.lgs. 74/2000.

⁴⁷ A titolo di esempio si veda l'omesso pagamento delle ritenute di acconto dovute o certificate e dell'IVA ai sensi dell'art. 10 *bis* e 10 *ter* del D.lgs. 74/2000.

⁴⁸ Si ricordi, a titolo esemplificativo, il recente delitto di omessa bonifica introdotto dalla L. 68/2015 all'art. 452 *terdecies* c.p.

⁴⁹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 25. Sulla stessa linea di pensiero anche M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. ROMANO – F. STELLA, *Teoria e prassi della prevenzione dei reati*, Bologna, 1980, p. 151 ss.

⁵⁰ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 16.

3. Funzioni e limiti del diritto penale in relazione ai reati omissivi propri.

Come rilevato da autorevole dottrina, il diritto rappresenta una sovrastruttura che si innesta in un determinato contesto sociale rispecchiandone, almeno in una certa misura, la concezione socio-politica con la conseguenza che tutte le fattispecie penali – siano esse omissive che commissive – rappresentano parametri significativi dell’assetto sociale e politico di un ordinamento⁵¹.

Ebbene, dall’analisi storica brevemente sopra riportata emerge come siano soprattutto i reati omissivi – in particolare quelli propri – a far parte della classe delle c.d. “variabili” del diritto penale⁵² e come questi siano stati sovente bandiere di atteggiamenti ideologici di una certa società.

Autorevole dottrina ha, infatti, evidenziato come i reati naturali o *mala in se* siano annoverabili tra le “costanti” del diritto penale in quanto rappresentano atti criminali da sempre considerati come tali e riprovevoli dalla coscienza sociale⁵³. Viceversa, i reati di creazione politica o *mala quia vetita*⁵⁴ rappresentati, soprattutto, da reati omissivi in quanto, come ormai sappiamo, “è molto più «naturale» che uno Stato comprima la libertà dei cittadini imponendo loro l’astensione, piuttosto che imponendo l’azione”⁵⁵, sono stati “spesso

⁵¹ Cospicua dottrina riconosce lo stretto rapporto tra l’assetto istituzionale di un ordinamento e la configurazione dei reati omissivi. Si vedano, tra i tanti, F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975, p. 61 ss; G. FIANDACA, *Reati omissivi*, cit., p. 3 ss; G. GUARNIERI, *Il delitto di omissione di soccorso*, cit., p. 6; A.M. STILE, *Reati omissivi e responsabilità penale*, cit., p. 239 ss; P. NUVOLONE, *L’omissione nel diritto penale italiano*, cit., p. 433.

⁵² A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., vol. I, p. 374

⁵³ P. NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in ID., *Trent’anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1982, p. 197.

⁵⁴ Sulla contrapposizione “*vetita quia mala*” e “*mala quia vetita*” si veda G. DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 1095.

⁵⁵ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 186

fluttuanti nei diversi tempi e nei diversi luoghi, a seconda (appunto), delle esigenze «politiche» delle singole comunità organizzate”⁵⁶.

Il diritto penale omissivo mostra, quindi, sia una tendenziale variabilità storica sia, soprattutto, una potenzialità ad assurgere a strumento di controllo sociale.

Ed, infatti, al comando corrispondono, secondo Bobbio⁵⁷, collaborazione, solidarietà, maggiore sforzo per adeguarvisi, mentre al divieto corrispondono coesistenza e minore sforzo per adeguarvisi. Se, quindi, è possibile in astratto spingere al massimo grado il controllo sociale – finanche ad imporre una direzione sociale – attraverso l'imposizione agli individui dell'esecuzione di un comando, allora emerge il nesso tra la formulazione di una fattispecie in termini omissivi e quella che la dottrina definisce funzione promozionale del diritto. Non è un caso che una delle peculiarità dei reati omissivi propri è stata identificata “*nella promozione di un quid desiderato in contrapposizione alle ipotesi criminose che, consistendo nella violazione di un obbligo di non fare, si risolvono nella dissuasione da un quid indesiderato*”⁵⁸, con la conseguenza che è stato sostenuto che il diritto penale dell'azione reprime il male mentre “*il diritto penale dell'omissione persegue il bene*”⁵⁹.

Tuttavia, prima di affrontare nello specifico la tematica della sussistenza di un nesso di correlazione tra la formulazione di una fattispecie

⁵⁶ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 185.

⁵⁷ N. BOBBIO, voce *Norma Giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 331. Già secondo Bobbio, infatti, “*il comando tende a rendere possibile la collaborazione e perciò rappresenta uno stadio più avanzato del controllo sociale*”.

⁵⁸ T. PADOVANI, *Note sulla crisi del modello penale illuministico e la funzione «promozionale» del diritto penale*, in *Identità del sistema penale, suppl. al n. 9/1985 de Difesa penale*, p. 47.

⁵⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 155.

omissiva e la funzione promozionale del diritto⁶⁰, è necessaria un'importante premessa.

Innanzitutto, infatti, occorre chiarire che cosa si intenda, a livello penale, per funzione promozionale e conservativa del diritto nonché i legami che intercorrono tra tali funzioni e le diverse forme di governo.

In primo luogo, occorre, tenere presente che il diritto tende a proteggere e, quindi, a conservare i beni giuridici i quali altro non sono che beni o interessi, individuali o sovra individuali, ossia valori che preesistono e sono condivisi dalla società.

Fermo ciò, cominciano a manifestarsi i primi problemi in relazione alla mancanza di un'unica definizione di funzione promozionale poichè dalla interpretazione che si accoglie discendono conseguenze opposte tra loro.

Per i sostenitori del diritto penale quale strumento per promuovere la funzione promozionale, quest'ultima si risolve nella realizzazione di istanze solidaristiche già condivise dalla coscienza sociale anche se non ancora

⁶⁰ G. FIANDACA, *Reati omissivi*, cit., p. 21; A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 377; F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale, Atti del simposio di studi di diritto e procedura penale*, Milano, 1983, p. 124. L'Autore, poi, aggiunge "senonchè una precisazione è d'obbligo: il fine promozionale è assolto sia dalla tecnica omissiva, che soprattutto, dal tipo di interesse che viene assunto quale oggetto della tutela", con la conseguenza che non ogni reato omissivo proprio tende ad un fine promozionale. Si veda, altresì, N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione – Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 14, il quale riporta il pensiero di CHRISTIANUS THOMASIIUS secondo cui il diritto è propulsore della funzione meramente repressiva in quanto "il diritto è caratterizzato dal fatto di ottenere il proprio scopo attraverso l'emanazione di comandi negativi (...) il fine del diritto era quello di evitare il male peggiore per l'umanità, la guerra, di garantire il minore, la pace. Ora per garantire la pace, bastano norme che impediscono ai diversi membri del corpo sociale di farsi del male, cioè appunto norme regolatrice". Tuttavia tale teoria è stata, poi, presto confutata dal LEIBNIZ che ha osservato che il diritto non può prescindere oltre che dal comandare anche dal proibire. In tale, oggi ormai sepolta, polemica emergono due contrapposte concezioni dello Stato: la prima – di matrice liberale – che vede lo Stato quale semplice custode dell'ordine pubblico, e la seconda che vede lo Stato quale "motore attivo sociale". Da questo si evince l'importanza che assumono le diverse configurazioni dell'assetto sociale nelle diverse concezioni delle funzioni del diritto. Per un più preciso approfondimento si veda A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 386, nota 45.

definitivamente consolidate⁶¹ in quanto, nel passaggio verso lo stato sociale di diritto, *“i valori costituzionali debbono essere assunti non solo come limite negativo dell’intervento penale, ma come presupposto di una concezione promozionale e propulsiva del diritto, superando la funzione tradizionalmente protettiva e repressiva dell’ordinamento giuridico per attribuire anche al diritto penale il ruolo di strumento che concorre alla realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale prefigurati dalla costituzione (...) imporre mediante fattispecie penali l’adempimento di obblighi di promozione sociale nello svolgimento dell’attività economica pubblica e privata e nella gestione della pubblica amministrazione comporta in primo luogo un notevole sviluppo delle fattispecie omissive e quindi un approfondimento della struttura della condotta omissiva, in modo da renderla congeniale alle nuove finalità promozionali del diritto penale”*⁶².

Al fine di superare il vaglio del principio di offensività si sostiene, poi, che *“rispetto alle norme propulsive il carattere futuro dell’utilità o del bene da conseguire non esclude l’attualità dell’interesse al loro conseguimento e, quindi, l’attualità dell’offesa”*⁶³.

Tuttavia, quella appena descritta non è l’unica definizione della funzione promozionale del diritto penale e forse nemmeno la più corretta.

Ed, infatti, se si intende la funzione promozionale come contrapposta e diversa rispetto quella conservativa, la prima si manifesterà solo quando tramite lo strumento giuridico si voglia *“inculcare”* nella società un valore/interesse non dominante all’interno di essa⁶⁴.

⁶¹ N. BOBBIO, *La funzione promozionale*, cit., p. 15.

⁶² G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democr. e dir.*, 1977, pp. 680-682; G. NEPPI MODONA – L. VIOLANTE, *Poteri dello stato e sistema penale*, *Corso di lezioni universitarie*, Torino, 1978, pp. 198-200, ripreso da A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 189, nota 22.

⁶³ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 87.

⁶⁴ G. FIANDACA, *Reati omissivi*, cit., p. 23; G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Trasformazione*, Milano, 1985, p. 363.

Ed ecco perché la dottrina più moderna nega e critica la funzione promozionale del diritto penale in quanto rappresenta la degradazione dello strumento penale a “strumento di governo”⁶⁵.

La funzione promozionale del diritto così descritta mostra chiaramente la correlazione con la tecnica repressiva, ossia con l’assoggettamento a pena di determinate omissioni a prescindere dal consenso sociale, per tutelare un determinato interesse non ancora condiviso dalla società e così: *“nella funzione promozionale (...) l’impiego della tecnica repressiva fa assumere al diritto una funzione repressiva latente”*⁶⁶.

Attraverso tale definizione si giunge, quindi, ad individuare una connotazione illiberale del diritto penale propulsivo con il rischio che la funzione promozionale stessa si ponga in conflitto sia con la teoria del bene giuridico che con quella della prevenzione generale.

In primo luogo, infatti, se si vuole sostenere la funzione propulsiva/promozionale del diritto penale allora occorre ripudiare l’idea del bene giuridico⁶⁷ in quanto se il bene giuridico è un valore che deve trovare conforto nel consenso sociale per essere tutelato e protetto dallo strumento penale, allora quando tale condivisione manca non si potrebbe parlare di necessità di tutela del bene giuridico.

In secondo luogo, al fine di analizzare in termini critici la funzione promozionale di diritto penale si possono prendere in considerazione gli studi condotti sul ruolo svolto dalla prevenzione generale. Quest’ultima

⁶⁵ G. FIANDACA, *Reati omissivi*, cit., pp. 22-23.

⁶⁶ L. GIANFORMAGGIO, *Funzione o tecnica?*, cit., p. 87.

⁶⁷ Lo sostiene in modo chiaro F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di dir. pen.*, 1939, pp. 110 – 111.

funzione risulta, infatti, composta da due fattori, l'uno che si identifica nella mera deterrenza e l'altro nel ruolo educativo-moralizzante⁶⁸.

In particolare, i risultati cui la dottrina è giunta per comprendere se la funzione di orientamento culturale possa realizzarsi anche quando la norma penale sia in contrasto con la coscienza sociale ovvero debba limitarsi a rafforzare valori già presenti nel contesto, orientano l'interprete anche nella risoluzione delle questioni relative alla funzione promozionale.

Per rispondere a tale interrogativo – sorto in occasione dell'incremento di una legislazione economica non sempre in sintonia con il sentire sociale⁶⁹ –, autorevole dottrina ha impostato il ragionamento distinguendo tra categorie di reati e di delinquenti. E così, per la criminalità di ordine economico ove il trasgressore della norma penale fa i suoi calcoli e decide se delinquere o meno senza inibizioni di carattere etico la pena avrebbe effetto deterrente. In quest'ottica, in sostanza, la severità della pena avrebbe maggior peso per prevenire i delitti fiscali che non per i delitti passionali⁷⁰. Infatti, nelle ipotesi dei delitti c.d. naturali il vero fattore deterrente è rappresentato dalla riprovevolezza della condotta (omissiva o commissiva) percepita dalla coscienza sociale, in quanto la pena difficilmente è sufficiente a dissuadere il soggetto dal porre in essere il fatto tipico previsto dalla legge come reato. Così, *“è vero che sono le norme – in gran parte – a dirigere il comportamento dell'uomo e a qualificarlo moralmente in una scala di valori che va dal male più*

⁶⁸ J. ANDENAES, *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, trad. it. di A. CRESPI, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 269 ss.; F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in M. ROMANO – F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 22; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in AA.VV., *Problemi di diritto penale*, Milano, 1974, p. 27.

⁶⁹ G. DI GENNARO, *La criminalità economica nella letteratura internazionale*, (con la collaborazione di M. BONOMO, G. MAROTTA, P. VICECONTE) in G. DI GENNARO – C. PEDRAZZI, *Criminalità economica e pubblica opinione*, Milano, 1982, p. 21 ss.

⁷⁰ J. ANDENAES, *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, cit. p. 272.

infimo al bene più elevato. Ma tali norme non possono essere, da sole, le norme penali, queste devono trovare conforto nelle norme sociali"⁷¹.

In conclusione, quindi, *"l'effetto di moralizzazione, educazione del sistema criminale non può dispiegarsi senza la percezione della legittimità del sistema penale e del particolare provvedimento di volta in volta in esame"*⁷² e *"più il legislatore penale è in grado di conformare la legge penale alle rappresentazioni di valore della società, più naturalmente i cittadini accolgono interiormente le norme di comportamento statuite attraverso la legge le accettano come regole di condotta vincolanti"*⁷³.

Anche la dottrina italiana condivide tale orientamento⁷⁴. Se l'osservanza della norma non è accompagnata da una interiorizzazione del valore tutelato dalla norma stessa, essa è sentita come mera imposizione e cioè, in definitiva, come "esercizio del dominio" da parte dello Stato, con la conseguenza che la funzione promozionale viene a rappresentare e a costituire lo specchio di una concezione autoritaria, illiberale dello Stato, proprio l'opposto di quello che vorrebbero sostenere i fautori della funzione propulsiva in senso lato.

Ed infatti, *"solo un ordinamento penale sentito come giusto nel suo insieme può portare la generalità dei consociati a una obbedienza giuridica volontaria"*⁷⁵.

Nemmeno le nuove istanze di Welfare possono autorizzare il diritto penale a superare le regole che ne condizionano l'operatività e la legittimità"⁷⁶.

⁷¹ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 429

⁷² J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. ROMANO – F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi*, cit., p. 33-34.

⁷³ Si vedano gli Autori tedeschi richiamati da A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 431, nota 183.

⁷⁴ G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., pag. 27.

⁷⁵ T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 256 e G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., p. 27.

⁷⁶ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 450.

E, se è vero che *“deve l’autorità provveder al bisogno delle pubbliche spese; promuovere il miglioramento morale del popolo, ossia la vera civiltà (la quale non consiste nella garbatezza dei modi, ma nella onestà dei costumi); e procacciare che i consociati, non solo del necessario non manchino, ma abbiano ancora quanto meglio serve a prosperare la vita”*, è altrettanto vero che *“a tal fine s’indirizzano le leggi sul culto, sul buon costume, sul commercio, sulla finanza, sull’annona, sulla regalia, sulle opere pubbliche. Ciò attiene al diritto amministrativo, ed alla politica economica”*⁷⁷.

Così, al fine di evitare distorsioni del diritto penale, una parte della dottrina manifesta l’esigenza che la protezione dei nuovi beni giuridici possa essere garantita e raggiunta attraverso un altro ramo del diritto, quello penale amministrativo cui la fonte primaria è, oggi, rappresentata dalla l. 689/1981, atteso che *“la sanzione pecuniaria amministrativa non comportando un giudizio di riprovazione morale nei confronti del trasgressore, ma solo un generico appello ai doveri del cittadino nei confronti dello Stato, può essere minacciata anche per comportamenti che in se stessi non presentano caratteri di «moral turpitude», senza con ciò perdere l’efficacia general-preventiva che pure essa deve avere”*⁷⁸.

Alla luce della proliferazione dei delitti omissivi nei nuovi settori dell’economia e dell’ambiente e al fine di far fronte al rischio che il diritto penale si trasformi da strumento di tutela dei beni giuridici già conseguiti a strumento di governo della società, la dottrina, seguita in parte del legislatore, ha cominciato ad operare un’accorta opera di depenalizzazione di tutte quelle fattispecie che mirano a promuovere la funzione propulsiva del diritto, distinguendo tra delitti che impongono di agire al fine (seppur indiretto) di impedire un evento dannoso (come l’omissione di soccorso, le

⁷⁷ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale – Parte generale – vol. I*, X ed., Firenze, 1907, p. 37.

⁷⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 552.

norme sulla sicurezza sul lavoro) che non svolgono una mera funzione promozionale e quelli che, invece, mirano a raggiungere un mero risultato vantaggioso (come ambito societario).

Esempio emblematico per comprendere la tenuta del ragionamento esposto è rappresentato da un reato che, seppur o anzi proprio perché ormai abrogato⁷⁹, risulta utile per chiarire il rapporto tra funzione promozionale del diritto penale e funzione general-preventiva della pena.

Il d.lgs. 11 febbraio 1948 n. 50 prevedeva, all'art. 2, che *«chiunque a qualsiasi titolo dà alloggio ovvero ospita uno straniero od apolide, anche se parente od affine, o lo assume, per qualsiasi causa, alle proprie dipendenze, è tenuto a comunicare, entro ventiquattro ore, le generalità all'autorità locale di p.s., specificando, in caso di assunzione, il servizio cui è adibito»*.

Ebbene, a parte i casi degli albergatori o dei datori di lavoro cui l'obbligo derivava già da altre norme di pubblica sicurezza, era difficile immaginare un cittadino che sapesse di dover comunicare entro un brevissimo termine le generalità di un parente, anche se straniero, che ospitava in casa sua.

Tale norma, infatti, non poteva essere accettata come rispondente a valori condivisi nella società, ed ecco che il cittadino non si adeguava al precetto perché non ne conosceva l'esistenza. Con la conseguenza, posta in evidenza dalla dottrina, che *“alla «disobbedienza di massa» consegue inevitabilmente una diffusa inerzia degli organi ufficialmente deputati all'applicazione della legge penale, (...) creando il fallimento della norma penale stessa”*⁸⁰.

⁷⁹ L'art. 2 del d.lgs. 11 febbraio 1948, n. 50, è stato abrogato ad opera dell'art. 14 d.lgs. 13 luglio 1994, n. 480, *“Riforma della disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 773”*.

⁸⁰ Si veda sul punto A. PIZZORUSSO, *Osservazioni a Corte Cost. sent. 26 giugno 1969, n. 104*, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2085, in nota a una sentenza che aveva ritenuto del tutto manifestamente

Inoltre, la funzione promozionale tesa a tutelare nuovi beni giuridici non ancora condivisi dalla coscienza sociale, appare in contrasto anche con quanto previsto all'art. 27, comma III, Cost. in base al quale *“la funzione rieducativa della pena, connessa al momento retributivo logicamente ineliminabile, comunque intesa, contrasterebbe prima facie con una responsabilità penale per fatti non psichicamente riportabili, almeno nella forma della colpa, al soggetto da rieducare”*⁸¹.

Ed, infatti, *“solo là dove l'agente si sia dimostrato ostile o indifferente ai valori della convivenza – tenendo una condotta che, per intrinseca pericolosità o perché riconoscibilmente proibita poteva e doveva apparirgli asociale, illecita – solo allora il ristabilimento repressivo dei valori sociali dispreziati ed un'opera rieducatrice del reo avrebbero senso”*⁸².

Pertanto, creare norme che non rispettano i valori condivisi dalla collettività sembra porsi in contrapposizione con l'istanza special-preventiva, così come è specificata dal testo costituzionale.

Ben si comprende e si condivide, quindi, quella parte ormai del tutto maggioritaria della dottrina moderna che esprime numerose e fondate critiche alla funzione promozionale del diritto penale intesa come strumento di trasformazione sociale o come strumento atto a far conseguire l'acquisizione di beni futuri in quanto *“il diritto penale tende a garantire o rafforzare la tutela di beni già venuti ad esistenza, che la coscienza sociale percepisce come particolarmente bisognosi di protezione”*⁸³ e manifesta preoccupazioni di fronte al proliferare di delitti omissivi propri a struttura tipica neutra.

infondata una questione di legittimità costituzionale della norma sopra descritta, nonché A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 443.

⁸¹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 53 ss.

⁸² D. PULITANÒ, voce *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 36.

⁸³ G. MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco tra rassegnazione e utopia*, ne *La Questione criminale*, 1981, p. 308.

4. Le principali fattispecie omissive proprie nell'ordinamento italiano.

Ebbene, se nel passato la maggior parte delle fattispecie omissive proprie erano considerate come un'eccezione e per lo più ricomprese tra le c.d. trasgressioni⁸⁴, il passaggio dallo stato di polizia allo stato di diritto ha segnato l'inizio del processo di trasformazione degli illeciti amministrativi in reati anche al fine di estendere anche a queste fattispecie le garanzie previste per il diritto penale.

Tuttavia, tale tendenza ha causato un'incontenibile crescita del corpo degli illeciti penale tale da soffocare la macchina della giustizia penale. Ed ecco che quello che il Mantovani definisce come l'ulteriore e successivo passaggio dallo stato di diritto allo stato sociale di diritto *"ha dato l'avvio al processo di riconversione degli illeciti contravvenzionali in illeciti amministrativi, stante l'incapacità della Giustizia penale di far fronte alla suddetta situazione di soffocamento, frutto dei sempre più ampi compiti assunti dallo Stato sociale e dalla parallela proliferazione delle leggi penali"*⁸⁵.

Attraverso la depenalizzazione⁸⁶ attuata non solo attraverso la degradazione di illeciti penali ad illeciti amministrativi ma anche preoccupandosi di potenziare le garanzie dell'illecito amministrativo e delle relative procedure, si è cercato di evitare il collasso della macchina della giustizia penale.

Tuttavia, numerosi sono ancora i delitti omissivi propri presenti nell'ordinamento penale che creano, soprattutto, nelle ipotesi caratterizzate da povertà materiale della tipicità oggettiva e segnate da una forte

⁸⁴ Per precisazioni sulla distinzione tra reati e trasgressioni si veda T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione tra delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, (a cura di) G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Milano, 1985, p. 436.

⁸⁵ F. MANTOVANI, *Manuale*, cit., p. 963.

⁸⁶ Il più importante intervento sistematico di depenalizzazione è rappresentato dalla L. 24 novembre 1981, n. 689.

normativizzazione⁸⁷, tensioni con la teoria della colpevolezza, come si avrà modo di analizzare nel proseguo del presente lavoro.

Per dare una visione d'insieme e comprendere la portata di tale fenomeno si è ritenuto opportuno distinguere, sulla base delle esigenze sottese alle diverse fattispecie e prendendo spunto dal semplice e chiaro metodo elaborato da Cadoppi nella sua monografia, almeno tre categorie: una ispirata al principio di solidarietà, un'altra agganciata ad esigenze repressive e/o di prevenzione generale e, infine, una terza avente ad oggetto la protezione dei nuovi interessi superindividuali, tra cui quelli relativi alla c.d. "ragione fiscale" a cui sarà dedicato particolare approfondimento e che ha rappresentato lo spunto del presente elaborato.

4.1. Doveri di solidarietà.

La solidarietà intesa come dovere di ogni *quivis de populo* di fornire determinate prestazioni ai suoi simili, legati a lui da vincoli più o meno occasionali, è uno dei primi fattori dell'attuale espansione dei reati omissivi propri.

Pochi dubbi e problemi sollevano tali obbligazioni quando hanno per vincolati soggetti collegati tra loro da un rapporto di stretta vicinanza: come, per esempio, nel caso del delitto punito dall'art. 570 c.p.⁸⁸ dal momento che è

⁸⁷ Tali fattispecie sono definite, secondo la nota bipartizione elaborata da Bricola, "reati a struttura tipica neutra" (per approfondimento, *infra* Cap. II, par. 2.1.1).

⁸⁸ Art. 570 c.p.: "Chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbandone una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale, (alla tutela legale) o alla qualità di coniuge, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 103 a euro 1.032.

Le dette pene si applicano congiuntamente a chi:

1) malversa o dilapida i beni del figlio minore o del pupillo o del coniuge;

2) fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo nei casi previsti dal numero 1 e, quando il reato è commesso nei confronti dei minori, dal numero 2 del precedente comma.

ben comprensibile che i membri di una famiglia siano soggetti cui chiedere di attivarsi a favore degli altri componenti del nucleo stesso.

Ciò che, invece, desta qualche perplessità è la tendenza, del legislatore ad inserire nell'ordinamento il delitto di omissione di soccorso quando la relazione che lega l'obbligato al soccorrendo è "*semplicemente quella che lega ogni essere umano al suo prossimo*"⁸⁹.

Se, infatti, il precetto che prevede che ogni soggetto si attivi per soccorrere qualcuno in difficoltà o che ha bisogno di aiuto appare ovvio dal punto di vista etico, non è del tutto così scontato a livello penale.

Anche se già nel diritto antico si riscontravano alcuni obblighi di soccorso penalmente sanzionati⁹⁰, il successivo periodo delle prime codificazioni ha visto solo raramente la diffusione di queste fattispecie⁹¹ e solo nella seconda metà del secolo scorso si è assistito alla crescita dei codici che introducevano fattispecie di omesso soccorso.

Già da questi pochi dati emerge palese come l'omissione di soccorso non sia sempre stata una costante nel corso dei secoli e della storia dello *ius criminale* con la conseguenza che può essere ricompresa tra le "variabili" del diritto penale destinata a subire gli influssi di corsi e ricorsi storici nel passato come, forse, anche nel futuro⁹².

Emblematiche risultano, infatti, le modifiche apportate dal legislatore del 1930 alla fattispecie dell'omissione di soccorso. Il codice Zanardelli, di matrice liberale, contemplava, all'art. 389, l'esonero dell'obbligo di prestare

Le disposizioni di questo articolo non si applicano se il fatto è preveduto come più grave reato da un'altra disposizione di legge".

⁸⁹ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 362.

⁹⁰ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., nota 7, vol. II, p. 1063, che richiama PLATONE, *Leggi*, in *Opere*, Libro IX.

⁹¹ Per esempio, nel codice penale sardo-italiano del 1859 erano previste due fattispecie omissive che si riferivano l'una all'omessa assistenza di neonati (art. 507) e l'altra omessa assistenza di fanciulli abbandonati o smarriti (art. 686, n. 4).

⁹² A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. II, p. 1068.

soccorso nei casi in cui la prestazione avesse esposto il soccorritore “a danno o pericolo personale”⁹³, mentre l’attuale formulazione dell’art. 593 c.p. ha, di fatto, ampliato il dovere di soccorso ad ogni ipotesi in cui non entri in azione la previsione di cui all’art. 54 c.p.⁹⁴. Per giustificare la soppressione della clausola limitativa nella relazione del Re è stato affermato che: *“non ho mantenuto, nel capoverso, la esclusione dall’obbligo di assistenza per coloro che si esporrebbero a danno o pericolo personale. Tale eccezione, che nella pratica favoriva immorali e facili pretesti, non corrisponde alla più elevata concezione dei doveri di solidarietà umana, che è propria della nostra civiltà. Né è a temere che, in tal guisa, sia imposto il dovere di prestare soccorso anche con sacrificio della propria integrità personale, o sia preteso dalla massa delle persone un comportamento eroico, che è eccezione, fortunatamente non infrequente. Anche rispetto a questo delitto, funziona la discriminante generale dello stato di necessità: e la deroga all’obbligo di assistenza non avrebbe potuto avere contenuto più ampio, di quello che risulta dall’articolo 58 [art. 54]”*⁹⁵.

Ebbene, una simile concezione del delitto di omissione altro non era che espressione della concezione promozionale del diritto penale intesa come rafforzamento all’interno della comunità del *“sentimento della solidarietà umana”*⁹⁶.

⁹³ Art. 389 codice penale Zanardelli: *“Chiunque, trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni sette o altra persona incapace, per malattia di mente o di corpo, di provvedere a se stessa, omette di darle immediato avviso all’Autorità o ai suoi agenti, è punito con la multa da lire 50 a 500. Alla stessa pena soggiace colui che, trovando una persona ferita o altrimenti in pericolo, od un corpo umano che sia o sembri inanimato, omette, quando ciò non lo esponga a danno o pericolo personale, di prestare l’assistenza occorrente, o di darle immediato avviso all’Autorità od ai suoi agenti”*.

⁹⁴ La norma, come noto, prevede l’esimente dello stato di necessità: per approfondimento si veda *infra*, Cap. III, par. 3.3.2.

⁹⁵ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Relazione al Re sui libri II e III del progetto*, vol. V, 1929, Roma, p. 396.

⁹⁶ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. II, p. 1112 che riprende F. ANTOLISEI, *Manuale – Parte speciale*, Milano, 2008, vol. I, p. 108.

Tuttavia, la scelta del legislatore fascista, coerente con le ideologie di potere del tempo, oggi non può più essere condivisa senza apportare, anche dal punto di vista interpretativo, alcuni correttivi.

Ed infatti, sia al fine di evitare cortocircuiti tra conoscenza della norma penale e oggetto del dolo (che saranno oggetto di riflessione nel prossimo capitolo) sia soprattutto al fine di rispettare il principio di offensività ormai caposaldo del nostro sistema penale, l'omissione di soccorso deve essere considerata come un reato omissivo proprio posto a tutela di beni giuridici già fortemente e saldamente condivisi dalla società, o meglio come reato a situazione tipica pregnante. Per fare ciò occorre, quindi, far emergere e ritenere integrato il delitto *de quo* solo in quei casi in cui emerga effettivamente quel substrato naturalistico in grado di costituire lo stimolo per agire e che risvegli nel soggetto il dovere etico-morale di solidarietà.

Ed, infatti, se si può ritenere corretto che la legge penale reprima le omissioni di soccorso più "macroscopiche" e più intollerabili, nell'ambito delle quali è posto in pericolo un bene di elevato rango come la vita e l'incolumità di un individuo, e ci sia un basso livello di rischio, o di sforzo, da parte del soccorritore, non pare possibile richiedere a quest'ultimo un atto di eroismo⁹⁷.

Questa interpretazione può orientare anche la difficile individuazione del bene giuridico protetto dall'omissione di soccorso.

Se, infatti, i fautori della funzione promozionale del diritto penale sostengono che l'art. 593 c.p. "*punisce non l'offesa ad un bene giuridico ma la violazione di un dovere morale prima che giuridico, alla mutua assistenza*"⁹⁸, coloro

⁹⁷ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. II, p. 1113.

⁹⁸ F. BASILE, *Il delitto di omissione di soccorso*, cit., p. 25. Inoltre, autorevole dottrina ha rilevato che l'art. 593 c.p. è figura "*ispirata notoriamente a solidarismo etico piuttosto che all'idea della tutela dei beni*" in G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 359.

i quali, in modo coerente rispetto al contesto storico ed ideologico attuale, sostengono la necessità del rispetto del principio di offensività⁹⁹ individuano il bene giuridico tutelato dall'omissione di soccorso nel diritto di mutua assistenza¹⁰⁰ o di solidarietà sociale¹⁰¹, ovvero, più correttamente, anche tenendo conto della collocazione dell'art. 593 c.p.¹⁰², nella vita o incolumità personale¹⁰³.

Alla medesima conclusione giunge la giurisprudenza e la dottrina ormai maggioritaria con riferimento ad un'altra ipotesi di omissione di soccorso, speciale rispetto quella prevista all'art. 593, comma 2, c.p., ossia l'omissione di soccorso stradale ex art. 189, comma 7, d.lgs. 285/1992 che tutela la vita e l'incolumità delle persone ferite in occasione di un incidente stradale in quanto la condotta omissiva lascerebbe permanere il pericolo per i suddetti beni, pericolo che sarebbe possibile rimuovere o, quantomeno, ridurre, attraverso la condotta doverosa di agire¹⁰⁴.

Pertanto, si può concludere che ove il pericolante stia rischiando la vita o comunque un bene di elevato rango e vi sia un basso livello di rischio, è condivisibile e coerente con i principi giuridici del nostro attuale

⁹⁹ Per ulteriori approfondimenti sull'incompatibilità dei reati omissivi propri intesi come violazione di doveri sociali con il principio di offensività, si veda G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, vol. 2, p. 606.

¹⁰⁰ Così F. GRANATA, *In tema di omissione di soccorso*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1939, p. 253.

¹⁰¹ Tuttavia, in merito a questo orientamento si sono svolte alcune critiche le quali hanno evidenziato la carenza di effettività e di autonomia in termini di beni giuridici della solidarietà sociale e della mutua assistenza.

¹⁰² L'art. 593 c.p. è, infatti, collocato nel Titolo XII (Delitti contro la persona), Capo I (Delitti contro la vita).

¹⁰³ Tra gli altri: R. PANNAIN, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965, p. 287, nonché G. GUARNIERI, *Il delitto di omissione di soccorso*, cit., p. 43, F. BASILE, *Il delitto di omissione di soccorso*, cit. p. 29.

¹⁰⁴ F. BASILE, *Commento art. 189, d.lgs. 285/1992*, in E. DOLCINI – G. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, tomo II, Milano, 2015; NUVOLONE, *Il diritto penale della strada nella legislazione italiana*, in *Indice Penale*, 1985, p. 501; G. PADOVANI, *Codice della strada*, in T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007; Cass., pen., sez. IV, 15 gennaio 2008, n. 6306.

ordinamento prevedere ipotesi di reato in caso di mancato soccorso, viceversa, in tutte le altre ipotesi si rischia di richiedere al comune consociato un atto di eroismo che non sarebbe in linea con le funzioni del diritto penale.

4.2. Lotta alla criminalità.

Se da un lato non sono mai state sollevate particolari questioni in merito all'obbligo di effettuare azioni utili alla realizzazione dell'interesse dell'amministrazione della giustizia alla prevenzione ed alla realizzazione dei reati in capo a persone qualificate, come i pubblici ufficiali, gli agenti di polizia e gli incaricati di un pubblico servizio, dall'altro, quando tali obblighi penalmente rilevanti si rivolgono ai cittadini sono numerosi i dubbi che si sono sollevati in dottrina.

Un secondo fattore-spinta dell'incremento dei reati omissivi nell'odierno diritto penale è rappresentato, infatti, dalla necessità di intensificare la repressione penale in ipotesi *lato sensu* di emergenza attraverso forme di incitamento del cittadino alla collaborazione nella lotta contro la delinquenza.

L'imposizione di obblighi al *quovis de populo* per rendere obbligatoria la collaborazione con gli organi istituzionalmente preposti alla lotta contro la criminalità ha sempre rivestito il ruolo di "variabile" nella storia del diritto penale.

Le fattispecie di omesso impedimento di taluni reati o di omessa denuncia di reati da parte del cittadino sono state spesso il frutto di contingenze politiche fiorite nei periodi di "allarme sociale" o di pericolo per il potere costitutivo con la conseguenza che *"l'esigenza del «law and order» si fa pressante e spesso porta a dimenticare le garanzie dei singoli, rendendo i «liberi*

cittadini», d'improvviso, «fedeli sudditi» di uno Stato in difficoltà, magari proprio per uno scarso consenso sociale»¹⁰⁵.

Se, fino all'organizzazione di una vera e propria forza di «polizia» in senso moderno, i cittadini sono stati spesso soggetti attivi nella lotta contro la criminalità, dopo il diciottesimo secolo, la situazione si è ribaltata e il coinvolgimento del *quivis de populo* nell'ambito della c.d. «*law enforcement*» è stato influenzato dalle diverse forme di governo.

Nel nostro ordinamento è sufficiente ricordare che il codice Zanardelli, espressione dello stato liberale dell'epoca, non prevedeva alcun obbligo di denuncia in capo al *quivis de populo* e rinunciava, così, a pretendere un “*dovere di fedeltà del cittadino nei confronti dello Stato, dell'individuo verso lo Stato-persona*”¹⁰⁶.

Del tutto capovolto il panorama con l'introduzione del codice Rocco nel quale, sebbene in un clima di tensioni e forti contraddizioni¹⁰⁷, è stata approvata l'introduzione del delitto di cui all'art. 364 c.p. in quanto “*il legislatore fa soprattutto affidamento sul patriottismo dei cittadini, sulla loro solidarietà, senza limiti, per la difesa dello Stato. Contro coloro, che di tale dovere civico fossero dimentiche nei casi più gravi, è giusto che intervenga il rigore della legge penale*”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. II, p. 1133.

¹⁰⁶ G. ZICCONI, *La tutela dell'azione penale nei reati di omessa denuncia*, Catania, 1979, p. 21.

¹⁰⁷ Al momento dell'introduzione dell'art. 364 c.p., infatti, non tutti i penalisti del tempo erano d'accordo con le idee formulate da Rocco. Alcuni (tra i quali G. STOPPANO e E. CARNEVALE) sostennero che “*la Commissione si rende ben conto della suprema gravità dei delitti, per i quali, questo articolo impone l'obbligo di denuncia a tutti i cittadini; però osserva che, in uno Stato bene ordinato, gli organi di polizia devono avere i mezzi più che sufficienti, per metter in luce simili attentati. La disposizione in esame appare pericolosa, perché è tale da costituire uno strumento venefico di private e pubbliche vendette, il cui esercizio, come insegna la storia, non è destinato, certamente, a rinvigorire la compagine dello Stato*” in *Lavori preparatori*, Volume III, Parte III, cit., p. 199.

¹⁰⁸ *Lavori preparatori*, Volume V, parte II, cit., p. 105.

E ancora *“si può ricordare come sia pacificamente riconosciuto che l’obbligo del privato di denunciare i reati costituisce un dovere morale e patriottico. È sembrato perciò che nell’attuale Regime, che valorizza ed esalta la forza dello Stato e pretende che ad esso sia subordinata l’attività di tutti i cittadini, siffatto dovere assumesse altresì carattere di giuridicità in quei casi, in cui la violazione di esso costituisce manifestamente un attentato al più urgente diritto di difesa dello Stato stesso”*¹⁰⁹.

Questa virata repressiva del sistema penale è stata, però, sottoposta a critica in quanto è stato evidenziato come la previsione di un obbligo così generale possa creare uno stato perenne di reciproca diffidenza e rappresentare un freno per molte manifestazioni della vita sociale, ma soprattutto si è dato rilievo all’ipotesi che il cittadino possa sempre eludere l’obbligo affermando di non aver creduto nell’esistenza del reato o, viceversa, ritenersi in obbligo di comunicare qualsiasi cosa che gli venga in mente¹¹⁰.

Tuttavia, ancora oggi, sotto le spinte della irrazionale reazione alla criminalità organizzata e al terrorismo, si è talora, soprattutto nei c.d. *“anni di piombo”*, ceduto alla riviviscenza dell’anelito *“law and order”* con conseguente introduzione di nuove fattispecie di omessa denuncia o meglio di omessa collaborazione del cittadino nella lotta alla criminalità¹¹¹.

Tuttavia, anche in questo caso come per il reato di omissione di soccorso, è necessario tenere presente che occorre interpretare la norma alla luce dei principi costituzionali di offensività e in coerenza con i principi dello Stato liberale democratico, con la conseguenza che le norme penali non

¹⁰⁹ *Lavori preparatori*, Volume IV, parte I, cit., p. 286.

¹¹⁰ M. BOSCARRELLI, *La tutela penale del processo*, I, Milano, 1951, p. 195.

¹¹¹ Per esempio la contravvenzione prevista all’art. 20, comma 6, L. 110/1975 secondo la quale *“Chiunque rinventa esplosivi di qualunque natura o venga a conoscenza di depositi o di rinvenimenti di esplosivi è tenuto a darne notizia immediata all’ufficio locale di pubblica sicurezza o, in mancanza, al più vicino comando dei carabinieri”*.

devono essere viste come impositrici di generici doveri di fedeltà allo Stato – persona da parte dei sudditi, bensì rendere partecipi i cittadini nella protezione dei beni ritenuti più importanti e fondamentali dalla società.

E così, i beni giuridici da tutelare attraverso la previsione di obblighi di agire sono quelli aventi ad oggetto la vita o altri diritti della persona, non tanto la fedeltà verso lo Stato, con la conseguenza dell'inopportunità dell'intervento di mezzi di coazione giuridica nell'incentivare l'effettuazione di denunce e impedimento di reati. Significativo di tale orientamento è la circostanza per cui il delitto di cui all'art. 364 c.p. non ha mai trovato significativa applicazione giurisprudenziale.

4.3. Esigenze stato sociale di diritto.

Come già anticipato, con l'affermarsi dell'attuale forma di governo, lo Stato diventa garante e promotore di nuovi beni giuridici previsti anche a livello costituzionale quali l'ambiente, il territorio, l'economia, la sanità.

Si tratta, quindi, nella maggior parte della ipotesi di beni collettivi tendenti al benessere dei cittadini, piuttosto che alla loro sicurezza, e nello specifico sia di beni istituzionali – facenti capo allo Stato come espressione della collettività organizzata – sia di beni a titolarità diffusa *“la cui integrità rispecchia un interesse diffuso tra tutti i consociati, o comunque tra cerchie ampie ed indeterminate di soggetti”*¹¹².

Il legislatore tende a tutelare questi beni in modo avanzato attraverso la previsione di numerose fattispecie di reati omissivi propri. Tuttavia, attraverso tale tecnica si è manifestata la tendenza della giurisprudenza e della dottrina ad individuare quale oggetto di immediata di tutela non il bene finale bensì anche beni strumentali allo stesso. Il rischio è, quindi,

¹¹² G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 206.

quello di estendere la protezione penale riservata a beni di rango elevato anche a beni di rango inferiore solo in quanto strumentali al bene finale stesso.

Difficile, quindi, il compito dell'interprete che dovrà, invece, restringere le maglie della tutela penale e individuare i criteri per delimitare il penalmente rilevante dal penalmente irrilevante. Il pericolo che si manifesta con la creazione di fattispecie penali poste a tutela di beni giuridici universali, formulate vagamente e strutturate come reati omissivi propri a struttura tipica neutra è quello di ridurre il diritto penale a sistema di politica sociale volta al futuro con *"cronico deficit di effettività"*¹¹³ in quanto, come si è avuto modo di argomentare sopra, nell'attuale contesto lo strumento penale è chiamato a *"sanzionare fatti di reato connotati da dannosità sociale, e non a svolgere compiti promozionali o, peggio ancora, a farsi carico di stravolte funzioni eticizzanti, seppur sotto il nobile vaticinio della formazione di una coscienza ambientale: sono compiti, questi, che spettano ad altri 'interlocutori'"*¹¹⁴.

Conferma di questi aspetti critici si può trovare proprio nella recente introduzione dell'art. 452 *terdecies* c.p. ad opera della legge 68/2015 sui c.d. *"ecoreati"* prevista al fine di rafforzare il complesso afflittivo e sanzionatorio e garantire effettività agli ordini di reintegro del territorio, ma strutturata in modo che rientri tra le ipotesi per cui è possibile chiedere l'istituto della messa alla prova¹¹⁵, con una prescrizione relativamente breve e il rischio, quindi, di una mancanza di efficacia deterrente.

¹¹³ Tali rilievi critici sono stati mossi, in realtà, nei confronti della proliferazione dei reati di pericolo astratto da G. ROCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in (a cura di) E. DOLCINI – C.E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 2, Milano, 2006, p. 179.

¹¹⁴ M. TELESCA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 luglio 2015.

¹¹⁵ L'istituto della messa alla prova, introdotto con la l. 67/2014 e disciplinato agli artt. 168 *bis*, 168 *ter* e 168 *quater* del codice penale nonché agli artt. 464 *bis* - 464 *novies* del codice di procedura penale, prevede, a seguito dell'accertamento da parte del giudice dello

L'interrogativo che sorge spontaneo è se effettivamente sia necessario utilizzare il rimedio del diritto penale ovvero se sia più efficace ricollegare a tali fattispecie un apparato sanzionatorio differente da quello penale come, per esempio, quello amministrativo.

4.3.1. *Doveri del contribuente: in particolare i delitti previsti agli artt. 10 bis e 10 ter D.lgs. 74/2000.*

Tra gli attuali beni tutelati dall'ordinamento attraverso la previsione di reati omissivi propri si trova anche l'interesse dello stato alla percezione dei tributi.

L'atteggiamento di piena ostilità della dottrina del liberalismo ottocentesco nei confronti del diritto penale tributario¹¹⁶ è del tutto mutato con l'avvento del *Welfare State*.

In particolare, con l'entrata in vigore della Costituzione e l'indicazione dell'interesse dello Stato alla percezione dei tributi all'art. 53, l'atteggiamento sia della dottrina che del legislatore effettua un'inversione di rotta rispetto al passato ed ammette pienamente l'intervento del diritto penale nei rapporti tra contribuente e fisco.

Inizialmente, il settore del diritto penale fiscale e tributario era caratterizzato da una disorganica legislazione speciale¹¹⁷ basata su fattispecie

svolgimento positivo di un periodo di lavori di pubblica utilità da parte dell'imputato, la dichiarazione di estinzione del reato.

¹¹⁶ Per essere precisi, all'indomani della proclamazione del Regno di Italia era emersa la volontà di ricorrere alla sanzione penale per contrastare l'evasione fiscale, tuttavia, in materia di tributi diretti vi erano forti resistenze all'introduzione di fattispecie penali tant'è che la prima legge in materia, la L. 844/1873, era restata del tutto inapplicata. Solo molti anni dopo, con la L. 2834/1928 sono state previste sanzioni penali finalizzate al momento della riscossione e non a quello dell'accertamento anche se, secondo la migliore dottrina, la nascita del diritto penale tributario in senso stretto va fatta risalire alla successiva legge n. 4/1929.

¹¹⁷ A seguito della L. 4/1929, è intervenuto il T.U. 645/1958 che ha proceduto ad unificare e razionalizzare le diverse leggi sulle imposte sul reddito che si erano succedute dal 1945 in poi. Altra tappa della riforma è stata rappresentata dal D.P.R. 600/1973. Tuttavia, anche a

di danno il cui accertamento era demandato all'autorità amministrativa attraverso una sorta di meccanismo di pregiudizialità obbligatoria che, spesso, portava al blocco dei processi penali e ad una pratica disapplicazione di molte norme penali con la conseguenza di una mancata repressione di numerosi comportamenti che recavano pregiudizio alle risorse finanziarie dell'intera collettività.

Al fine di riorganizzare il sistema, è intervenuto il legislatore con la legge 516/1982 denominata "manette agli evasori". I profili più significativi della riforma sono stati l'abolizione della "pregiudiziale amministrativa" e la trasformazione di una serie di reati di danno in reati di pericolo astratto nonché l'introduzione di numerose fattispecie omissive proprie¹¹⁸ prevedenti una pena detentiva per coloro i quali, pur dopo aver correttamente auto liquidato le imposte, avessero omissso di pagarle¹¹⁹.

Nonostante l'obiettivo di raggiungere, attraverso tale riforma, un'efficace lotta all'evasione fiscale, numerose sono state le critiche sollevate a questa nuova disciplina soprattutto nell'impatto avuto con la prassi ove sono *"venuti al pettine tutti i nodi teorici ed applicativi che nel breve volgere di un lustro ne hanno decretato il fallimento"*¹²⁰. Il proliferare di fattispecie penali di pura omissione e di pericolo astratto ha causato il moltiplicarsi dei procedimenti penali per reati formali e bagatellari con un proporzionale aumento dei fascicoli che giacevano negli armadi delle Procure della Repubblica, sino allo spirare del termine della prescrizione. Inoltre, l'eccesso

fronte di tali interventi legislativi, i reati tributari rimangono ai margini della realtà giudiziaria italiana per tutto il periodo dal 1929 al 1982.

¹¹⁸ Facevano, infatti, la loro comparsa, accanto alle tradizionali figure dell'omessa dichiarazione, fattispecie quali l'omessa o parziale fatturazione, l'omessa o parziale registrazione di corrispettivi, l'omessa o irregolare conservazione delle scritture contabili.

¹¹⁹ Per un commento dell'intera disciplina si veda C.F. GROSSO (a cura di), *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, Milano, 1986 e I. CARACCIOLI - A. GIARDA - A. LANZA, *Diritto e procedura penale tributaria: commento alla legge 7 agosto 1982, n. 516*, Padova, 1989.

¹²⁰ E. MUSCO - F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, II ed., Bologna, 2013, p. 13.

di criminalizzazione è stato avvertito come ingiusto e frutto della mera prevaricazione dello Stato, soprattutto in relazione ai reati omissivi – consistenti in condotte di mera disobbedienza a precetti formali – per i quali si è osservato, sarebbe stato meglio ricorrere all’uso della sanzione amministrativa.

Al fine di cercare di restituire effettività al settore del diritto penale tributario e *“limitare la repressione penale ai soli fatti direttamente correlati, tanto sul versante oggettivo che su quello soggettivo, alle lesioni degli interessi fiscali”*¹²¹ è intervenuta la novella del 2000¹²² avente come scopo un’ampia depenalizzazione, il superamento dei c.d. “reati ostacolo” che avevano caratterizzato la legge n. 516/82, e la previsione della criminalizzazione delle sole condotte decettive in danno della Amministrazione Finanziaria, effettivamente lesive del bene tutelato. E’ stata, altresì, prevista l’introduzione di elevate soglie di punibilità, che hanno conferito penale rilevanza solo alle condotte di evasione caratterizzate da una certa gravità.

Tuttavia, anche i “buoni propositi” del d.lgs. 74/2000 sono stati presto rinnegati dal legislatore. Infatti, il permanere di elevatissimi tassi di evasione fiscale e del fenomeno per cui l’omesso versamento soprattutto dell’IVA a debito – regolarmente dichiarata – era divenuto un vero e proprio strumento patologico di finanziamento per le imprese, hanno indotto il legislatore ad una vera e propria “controriforma”.

Ebbene, se con la riforma del 2000 si era esclusa la punibilità delle condotte di omesso versamento, ritenendo più equilibrato e razionale un sistema penal-tributario fondato solo sulla fraudolenza delle condotte caratterizzate, quindi, dal dolo specifico di frode nei confronti dell’Erario, tra

¹²¹ *Relazione Governativa al d. lgs. 74/2000*, par. 1.

¹²² La seconda importante svolta in ambito di diritto penale tributario si è, infatti, compiuta con la l. 205/1999 di «*delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*» e con il d.lgs. 74/2000 che ne ha concretizzato le scelte di fondo.

la fine del 2004 e il 2006 il mero debito tributario è tornato alla ribalta della previsione penale. Ed ecco che gli artt. 10 *bis* e 10 *ter* introdotti nel d.lgs n. 74/2000 rispettivamente dalla l. 311/2004 e d.l. 223/2006 convertito con l. 248/2006, hanno previsto la punibilità dell'omesso versamento delle ritenute di acconto certificate¹²³ e dell'IVA¹²⁴, quando superiori a determinate soglie di punibilità.

Si è assistito, così, alla creazione di una sorta di "diritto penale tributario della riscossione"¹²⁵: lo Stato prevede una sanzione criminale per assicurarsi l'effettiva percezione dei tributi, senza che siano necessarie condotte mendaci o fraudolente e prescindendo, persino, dal prevedere il dolo specifico¹²⁶.

La rinuncia a chiedere che il contribuente persegua lo scopo di evadere le imposte ha fatto guadagnare rilevanza penale a numerose ipotesi di "mera" omissione del versamento dell'IVA e delle ritenute d'acconto

¹²³ Per un primo commento in dottrina si veda, tra gli altri, L.D. CERQUA - C.M. PRICOLO, *Un "nuovo" delitto tributario: l'omesso versamento di ritenute certificate*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 678. Si noti, poi, che nella relazione governativa di accompagnamento al d.lgs. 74/2000 veniva espressamente rilevato che "scompare, così, in particolare, il delitto di omesso versamento delle ritenute da parte del sostituto d'imposta, previsto dall'art. 2 del decreto legge n. 429 del 1982: figura criminosa che, più di altre, è stata al centro di vivaci polemiche, anche a fronte dell'abnorme numero di procedimenti penali cui essa, specie nella versione di origine, aveva dato esca". Viceversa, nelle relazioni che accompagnano la reintroduzione dei nuovi artt. 10 *bis* e 10 *ter* nel d.lgs. 74/2000 viene posta l'attenzione proprio sull'esigenza di assicurare la regolare riscossione delle imposte dovute (cfr. relazione del d.d.l. 5310/04 per la Legge Finanziaria 2005, p. 296, e la relazione del d.d.l. 741/06 di conversione del Decreto Bersani, p. 30). Questo riferimento lo si trova in A. VALSECCHI, *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA (artt. 10 bis e 10 ter, d.lgs. 74/00) per insolvenza del contribuente*, voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2015.

¹²⁴ In dottrina, all'indomani dell'introduzione del delitto, si veda: G.L. SOANA, *Il reato di omesso versamento IVA*, in *Rass. trib.*, 2007, pp. 111 ss.

¹²⁵ Espressione coniata da A. Lanzi. Sul punto si veda A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2014, p. 324.

¹²⁶ Cfr. sul punto anche le critiche espresse da A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs "illecito penale personale". Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, p. 7.

dovute alla sola non preordinata materiale impossibilità di adempiere¹²⁷. Ipotesi queste che possono definirsi come figlie di sfavorevoli congiunture economico-finanziarie¹²⁸. La “controriforma” è proseguita con la legge 148/2011, che è intervenuta abbassando le soglie di punibilità dei delitti di dichiarazione fraudolenta, abrogando circostanze attenuanti legate alle modesta entità del fatto (art. 2, comma 3, d.lgs. 74/2000) e subordinando il patteggiamento all’avvenuto pagamento del debito tributario (art. 13, comma 2 *bis*, d.lgs. 74/2000).

L’incidere della crisi economica, il moltiplicarsi di procedimenti penali derivanti dalla situazione di insolvenza o di crisi di liquidità delle imprese¹²⁹, e non da ultimo i richiami della giurisprudenza sovranazionale ed europea al rispetto del *ne bis in idem* a fronte del cumulo di sanzioni penali ed amministrative¹³⁰, hanno indotto il legislatore a conferire nuova delega al Governo al fine di riordinare il sistema penale fiscale italiano.

Tuttavia, ancora una volta l’intervento innovatore, attuato attraverso il d.lgs 158/2015, mostra chiaramente il progredire della trasformazione in senso riscossivo del diritto penale tributario nell’ambito dei delitti di omesso

¹²⁷ Cfr. D. TERRACINA, *Evasione da riscossione, difficoltà finanziarie e sanzioni penali*, in *Dialoghi tributari*, 2013, p. 89; G. DONATO TOMA, *Il delitto di omesso versamento di IVA: gli orientamenti della dottrina e l’evoluzione della giurisprudenza*, in *Il Fisco*, 2012, p. 4612.

¹²⁸ R. ALAGNA, *Crisi di liquidità dell’impresa ed evasione da riscossione*, in R. BORSARI (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013, p. 215 ss.

¹²⁹ Si veda, *infra*, Capitolo III, par. 4.

¹³⁰ Il principio di *ne bis in idem* previsto dall’art. 4, prot. 7, CEDU e dall’art. 50 CDFUE vieta di sottoporre a processo e punire due volte con sanzioni penali lo stesso soggetto per il medesimo fatto. Il tema vanta una ricchissima bibliografia alla quale si rimanda per eventuali approfondimenti, a partire dalla fondamentale pronuncia nota come “Grande Stevens” in materia di doppio binario sanzionatorio tra sanzioni Consob e delitti in materia di *market abuse*: A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei diritti dell’Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. Comm.*, 2014, p. 855; G. M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (“Materia penale”, giusto processo, e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu, 4 marzo, 2014, sul market abuse)*, in *Riv. delle soc.*, 2014, p. 953; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte Edu)*, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2014.

versamento ritenute. Il legislatore continua ad utilizzare e scegliere il diritto penale, con la minaccia delle sue sanzioni, per dissuadere il contribuente dal sottrarsi al pagamento delle imposte.

Non stupisce, quindi, che il legislatore non abbia scelto di abolire le incriminazioni di omesso versamento ma, anzi, abbia ampliato il perimetro di rilevanza penale dell'art. 10 *bis* attribuendo espressa rilevanza anche all'omesso versamento delle ritenute semplicemente indicate nella dichiarazione annuale del sostituto d'imposta, senza che sia necessario accertare che l'imprenditore abbia rilasciato al sostituto un mendace certificato attestante l'avvenuto versamento di tali ritenute¹³¹. Tra l'altro anche l'innalzamento delle soglie dei delitti di omesso versamento Iva e di ritenute in realtà potrebbe essere letta *"nella prospettiva funzionalistica qui ipotizzata: si direzionano le – per vero assai limitate – risorse degli apparati di accertamento della responsabilità penale sui casi di maggior rilevanza patrimoniale, in un'ottica economicistica di costi-benefici"*¹³².

Pare che l'ordinamento segua quella corrente di pensiero che, prendendo atto della mancanza di una soddisfacente mentalità tributaria dei cittadini, auspica che il diritto penale svolga un ruolo di promotore nella trasformazione della coscienza sociale, senza seguire i moniti provenienti da quella parte di studiosi che sostengono come l'illecito tributario penalmente rilevante debba essere connotato da un serio "disvalore di evento" e da un

¹³¹ La nuova norma, quindi, equipara situazioni di mero inadempimento all'obbligo di effettuare il versamento delle ritenute indicate sia nella dichiarazione che nelle certificazioni, ai casi in cui vengono rilasciate false certificazioni che riguardano ritenute mai applicate e falsamente recepite nella dichiarazione del sostituto di imposta. L'assimilazione di condotte connotate da un ben differente livello di offensività solleva delle perplessità soprattutto in relazione al fatto che le ritenute da versare sono *"quelle dovute sulla base della stessa dichiarazione: quid iuris in presenza dell'indicazione di un dato errato per eccesso in dichiarazione, ma accompagnato dal versamento delle ritenute corrette?"*. Si veda sul punto: A. PERINI, *La riforma dei reati tributari*, in *Dir. pen. e proc.*, fasc. 1, 2016, pp. 14.

¹³² A. INGRASSIA, *Ragione fiscale*, cit., p. 114.

congruo “disvalore di azione” in quanto già lo Stato avrebbe e ha gli strumenti per esigere i tributi ed imporre sanzioni per chi non rispetta gli obblighi contributivi. Ma non solo, anche altri profili critici inerenti, in particolare, le fattispecie omissive e lo stretto legame tra il profilo dell’errore sulla obbligazione tributaria e talune istanze politico-criminali, sono stati posti in luce dalla giurisprudenza.

Si ritiene, pertanto, seguendo tale orientamento che solo nei casi in cui l’illecito fiscale presenti un congruo disvalore di evento si potrebbe ricorrere alla sanzione penale, mentre le violazioni omissive prodromiche rispetto al momento dell’evasione vera e propria non presentano rilevanza “criminosa” nella coscienza sociale, con il rischio che lo strumento penale ceda, ancora una volta, alle istanze di una concezione promozionale.

CAPITOLO II

PROFILI PROBLEMATICI DELLA COLPEVOLEZZA NEL

REATO OMISSIVO PROPRIO

SOMMARIO: 1. La *suitas* della condotta. – 2. Il dolo nei reati omissivi propri: struttura e oggetto. – 2.1. La commistione tra dolo e conoscenza del comando. – 2.1.1. La distinzione tra reati “a struttura tipica pregnante” e reati “a struttura tipica neutra”. – 2.2. L’errore sull’obbligo di agire. – 2.2.1. L’errore nei reati “a situazione tipica pregnante”. – 2.2.2. L’errore nei reati “a situazione tipica neutra”. – 2.3. Il dolo eventuale. – 2.4. L’accertamento del dolo e le tendenze della giurisprudenza: *dolus in re ipsa*, “degradazione” del dolo in colpa e trasformazione di taluni delitti in contravvenzioni. – 3. La colpa.

1. La *suitas* della condotta.

L’art. 42, comma 1, c.p. fissa il presupposto base per l’esistenza di un reato prevedendo che *“nessuno può essere punito per un’azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l’ha commessa con coscienza e volontà”*. Senza coscienza e volontà non vi può essere responsabilità penale e, pertanto, la “volontà” quale presupposto della conoscenza nel nostro ordinamento giuridico segna il limite tra reato e non reato¹³³.

Il legislatore, pur attraverso una formulazione infelice della norma¹³⁴, ha voluto fissare il principio generale in base al quale la condotta *“prima che dolosa o colposa, deve essere umana, essendo tale solo la condotta dell’uomo rientrante nella «signoria della volontà»”*¹³⁵.

¹³³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 338.

¹³⁴ Va ricordato, infatti, che anche il progetto del Codice Zanardelli del 1887 prevedeva, all’articolo 46, una norma molto simile all’attuale art. 42, che *«nessuno può essere punito se non per un’azione od omissione volontaria»*. Tuttavia, tale locuzione *“non fu nel codice riprodotta per essere stata appunto riconosciuta come l’enunciazione di un erroneo principio dottrinale (...) era, come si vede, una teorica arbitraria”*, si veda sul punto: G.B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900, p. 105.

¹³⁵ F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 304; *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., p. 88.

Tuttavia, seppur lodevole l'impegno e l'obiettivo raggiunto, la locuzione "coscienza e volontà" utilizzata all'art. 42 c.p. ha creato non pochi problemi agli interpreti.

Secondo una prima interpretazione basata esclusivamente sul dato letterale per aversi una condotta cosciente e volontaria è necessario che vi sia *"un reale impulso della coscienza diretto alla produzione del movimento muscolare o a conservare lo stato di inerzia"*¹³⁶ e, quindi, un mero nesso psicologico tra soggetto agente e condotta.

Tuttavia, tale interpretazione implica conseguenze in ambito applicativo non condivisibili in quanto non risulta sufficiente per ritenere penalmente rilevanti alcuni atti tra cui quelli automatici, quelli dovuti a distrazione e/o a mera dimenticanza che rientrano tra le più frequenti ipotesi di reato colposo e alla base dei quali non si può porre uno sforzo volitivo positivamente inteso. Ed infatti, accogliendo la tesi secondo cui la condotta deve essere sorretta da un effettivo impulso cosciente della volontà si dovrebbe in radice escludere la responsabilità penale nell'ipotesi, per esempio, del fumatore che trovandosi in un bosco getta, per abitudine acquisita, un mozzicone per terra provocando un incendio, oppure del guardiano ferroviario che dimentica di effettuare una manovra cagionando un incidente ferroviario¹³⁷.

Al fine di superare tali inconvenienti, parte della dottrina è ricorsa ad estendere la coscienza e volontà all'atto antecedente quello automatico o alla dimenticanza, pur con risultati del tutto insoddisfacenti dal momento che, in alcuni casi, la volontà dell'atto precedente è del tutto irrilevante in quanto

¹³⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 339.

¹³⁷ Tutti gli esempi sono tratti da M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 54 e ripresi anche da F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 304.

non riprovevole e in altri manca la stessa coscienza e volontà anche nell'atto anteriore.

Pertanto, per evitare di escludere tali comportamenti dall'area del penalmente rilevante, l'unica strada percorribile è stata individuata nell'interpretazione estensiva della formula legislativa "coscienza e volontà" **non più riferita solo ai casi di coscienza e volontà reali ma anche a quelli potenziali**¹³⁸, venendo a considerarsi come coscienti e volontari anche quelle condotte che, seppur non traendo origine da un reale impulso della volontà, avrebbero potuto essere impediti con uno sforzo del volere.

Seguendo tale orientamento, autorevole dottrina ha elaborato la nozione di *suitas*¹³⁹ intesa come "aderenza del fatto alla personalità dell'agente", ossia attribuibilità dell'atto al volere dell'agente la quale assume connotati diversi nelle fattispecie dolose e colpose.

In particolare, nelle prime e in quelle caratterizzate da colpa cosciente, la *suitas* si identifica nella coscienza e volontà reali e si basa su un effettivo dato naturalistico-psichico. Diversamente, nelle fattispecie omissive punite a titolo di colpa incosciente e nei reati omissivi dovuti a dimenticanza, assume un **contenuto ipotetico-normativo**, "essendo accertabile solo sulla base di un giudizio ipotetico di dominabilità della condotta da parte dell'agente"¹⁴⁰. In poche parole, viene a coincidere, in tali ultime ipotesi, con la impedibilità della condotta.

¹³⁸ M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 391.

¹³⁹ F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, p. 59; ID., *Manuale di diritto penale*, cit. p. 21. Nello stesso ordine di idee anche M. GALLO, *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1967, p. 18 ss; ID., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 52 ss., per il quale, anzi, non sempre vale il principio che senza l'aspetto psichico della condotta non c'è reato, perché in taluni casi al comportamento fa difetto non solo la volontà in senso stretto ma ogni altro fatto psichico.

¹⁴⁰ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, p. 62 ss.

Aderendo a tale teoria anche la giurisprudenza ha affermato che “non è volontario solo il comportamento che trae origine da una cosciente determinazione, ma anche quello che, derivando da un’inerzia del volere, rientra nel campo in cui l’individuo con le sue facoltà d’impulso e inibizione è in grado di esercitare il suo dominio volitivo”¹⁴¹ con la conseguenza, quindi, che il coefficiente minimo per l’attribuzione di un’azione od omissione al soggetto non è la “coscienza e volontà” intesa in termini puramente psicologici, bensì la *suitas*¹⁴².

La condotta punibile ai sensi dell’art. 42, comma 1, c.p. è “quella che il soggetto ha attuato consapevolmente pur potendo comportarsi diversamente, e cioè pur potendo non compiere i movimenti che ha compiuto, o pur potendo non rimanere inerte come, invece, è rimasto, se infatti il soggetto ha agito o è rimasto inerte pur potendo non agire o agire diversamente o non rimanere inerte, la condotta da lui tenuta non può che essere volontaria, non essendovi la possibilità di comportarsi diversamente senza possibilità di diversamente volere”¹⁴³.

Una volta individuato cosa si intende per coscienza e volontà rimane discussa la collocazione della *suitas* nella sistematica quadripartita¹⁴⁴ del reato.

¹⁴¹ Cass., 19 maggio 1997, n. 8264, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2352; Cass., 10 maggio 1976, Begnini, in *Cass. pen.*, 1977, p. 1124.

¹⁴² Questa interpretazione, seppur accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, suscita, tuttavia, anche delle perplessità. Vi è, infatti, chi sostiene che lo spostamento del dato naturalistico psichico al mero dato normativo comporti la perdita del carattere unitario della coscienza e volontà in quanto l’effettiva estrinsecazione di impulsi costituisce una realtà naturalistico-psicologica, mentre la potenziale estrinsecazione di impulsi inibitori è un dato ipotetico – normativo (F. ANTOLISEL, *Sul concetto di azione nel reato*, in *Riv. pen.*, 1925, p. 153; ID., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 228; ID., *La volontà nel reato*, in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 129; M. GALLO, *La teoria dell’azione «finalistica»*, cit., p. 32) con il rischio di pervenire ad una nozione di *suitas* prevalentemente valutativa (G. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, 1930, in *Dir. pen., Raccolta*, I, p. 143; M. SPASARI, *L’omissione*, cit., p. 58).

¹⁴³ S. RANIERI, *Volontà e condotta punibile*, *Studi economici-giuridici della R. Università di Cagliari*, 1939, p. 43

¹⁴⁴ Lo studio analitico del reato ha dato luogo a diverse teorie tra cui la bipartita per cui il reato è “fatto umano commesso con volontà colpevole”, quella tripartita secondo cui il reato è “fatto umano, antiggiuridico e colpevole” ed, infine, quella quadripartita che aggiunge, oltre al

Da una parte si trova la dottrina che, accogliendo una concezione unitaria della condotta, comprensiva di coefficienti fisici e psichici, ritiene che la *suitas* vada ricompresa nel fatto tipico¹⁴⁵. Dall'altra, la dottrina prevalente la quale, partendo anche dal dato sistematico della collocazione dell'art. 42 c.p. ritiene che la coscienza e volontà faccia parte del terzo elemento del reato: la colpevolezza¹⁴⁶.

Stabilito, quindi, che la coscienza e volontà quale elemento della colpevolezza ha come oggetto la condotta tipica, occorre verificare la portata di tali conclusioni nelle fattispecie dei **reati omissivi propri**.

In primo luogo, si può ritenere agevolmente superata ed abbandonata la teoria secondo cui un soggetto non possa volere un'omissione ma solo un'azione¹⁴⁷ in quanto nulla impedisce che la volontà possa dirigersi anche verso un'omissione¹⁴⁸, tanto che già Tommaso D'Aquino aveva evidenziato che *"l'espressione non volere si usa in due sensi, primo, si prende come un'unica dizione, cioè come se fosse l'infinito del verbo latino nolo. Perciò, quando dico: Nolo legere, equivale a: Voglio non leggere. (...) Secondo, si può prendere come suona, e allora viene negato ogni atto della volontà"*¹⁴⁹.

fatto tipico, anti-giuridico e colpevole **la punibilità**. Si ritiene, in linea con la dottrina e giurisprudenza ormai dominante, di accogliere la sistematica quadripartita. Per un'analisi più approfondita si veda: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001.

¹⁴⁵ M. ROMANO, *Commentario*, cit. p. 393.

¹⁴⁶ Si veda, tra i tanti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 341.

¹⁴⁷ O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, cit., p. 14 ss. L'autore, abbracciando la concezione naturalistica, sostiene che l'omissione non esiste nella realtà e che *"siccome l'omissione si presenta come situazione negativa, in quella guisa istessa che una situazione negativa non può crearne una positiva, essa non può concepirsi come derivante da un qualcosa di positivo quale sarebbe appunto l'atto di volontà diretto all'omissione"*. Prosegue, infatti, *"la coscienza si trasforma da rappresentazione in volontà allorchè tende ad affermarsi obbiettivamente; l'atto di volontà è quello che forma il punto di passaggio tra la rappresentazione di un fatto, come progetto, e la sua obbiettivazione, quando si è omesso, si è omesso appunto perché ci siamo fermati allo stadio di rappresentazione senza passare a quello di atto di volontà"*.

¹⁴⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 991.

¹⁴⁹ Si veda A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 991, nota 15, che richiama S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, vol. VIII, *La Beatitudine – Gli atti umani*, I – II, q. 6.

Inoltre, come abbiamo già avuto modo di argomentare nel primo capitolo, è ormai da abbandonare la teoria che si basa sulla pretesa di rintracciare nell'omissione un momento naturalistico analogo a quello di azione, così come nemmeno si può condividere la teoria secondo cui, ai fini della coscienza e volontà basterebbe quella avente ad oggetto l'azione diversa da quella dovuta, ed effettivamente posta in essere¹⁵⁰, in quanto si risolverebbe nell'accoglimento implicito della teoria dell'*aliud agere*¹⁵¹.

In realtà, quindi, accogliendo la teoria normativa dell'omissione, la coscienza e la volontà dell'omissione stessa vengono ad identificarsi con l'inerzia concomitante alla scadenza del termine, espresso od implicito, per adempiere il dovere di *facere* oppure alla azione che rende impossibile l'adempimento di tale dovere¹⁵². Omettere con coscienza e volontà significa, pertanto, avere coscienza e volontà del non fare ciò che si sarebbe dovuto fare¹⁵³.

Alla luce di tale interpretazione, risulta, quindi, necessario appurare se, per aversi coscienza e volontà dell'omissione occorra conoscere il comando di agire e la soluzione a tale quesito risulta, ancora una volta, influenzata dalla nozione di omissione che si adotta.

Ed infatti, chi ritiene che l'omissione si risolva in termini puramente normativi considerandola come trasgressione di un comando qualificato dalla peculiarità del suo contenuto¹⁵⁴, non può prescindere dall'estendere la

¹⁵⁰ F. GRISPIGNI, *L'omissione*, cit., p. 30.

¹⁵¹ Per le critiche a tale teoria si veda capitolo 1, par. 1.2.

¹⁵² F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 307.

¹⁵³ A. BONUCCI, *L'omissione nel sistema giuridico*, vol. I, Perugia, 1911, p. 65; F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento*, Milano, 1928, p. 46; P. NUVOLONE, *Il sistema*, cit., p. 177.

¹⁵⁴ G. BETTIOL, *Diritto penale – Parte generale*, Padova, p. 196; F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, Milano, 1952, vol. II, p. 30.

coscienza e volontà anche alla conoscenza o conoscibilità dell'obbligo di agire¹⁵⁵.

Si sostiene, infatti, che *“posto che l'omissione è la trasgressione di un obbligo giuridico di fare, la coscienza e la volontà di tenere un comportamento omissivo rilevante presuppone la conoscenza della norma: in caso contrario, vi sarà solo la coscienza e la volontà di tenere un altro comportamento”*¹⁵⁶, come nell'ipotesi in cui Tizio sia obbligato da una norma religiosa ad andare a messa ogni domenica, come potrebbe dirsi cosciente e volontaria la sua omissione se non conoscesse tale obbligo?

Vi è poi una parte della dottrina che, pur aderendo all'impostazione normativa dell'omissione, non dimentica che, oltre all'aspetto formale della qualificazione giuridica (omissione), esiste anche un elemento contenutistico ossia l'inerzia, ed ancora a questo secondo dato la coscienza e volontà come fatto giuridico naturalistico¹⁵⁷. *“Rispetto alla categoria delle omissioni per dimenticanza la sostituzione del fatto psicologico puro con quello normativo deriva dalla concezione strettamente normativa che si adotta in tema di omissione. (...) ma oltre che dell'aspetto formale della qualificazione giuridica bisogna tenere conto del suo elemento contenutistico (inerzia). È a questo secondo dato che va ricondotta la coscienza e volontà come fatto naturalistico. Cosciente e volontaria è l'inerzia che è la base dell'omissione sia dolosa che colposa: per entrambe le forme comunque ciò che non entra nell'orbita della coscienza e volontà, come vedremo meglio, è semplicemente la qualificazione giuridica di quel comportamento come reato omissivo (e cioè l'aspetto normativo dell'omissione)”*¹⁵⁸.

¹⁵⁵ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 992; P. NUVOLONE, *Il sistema*, cit., p. 177.

¹⁵⁶ P. NUVOLONE, *Il sistema*, cit., p. 177.

¹⁵⁷ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 66.

¹⁵⁸ M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale – “Culpa iuris” e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, p. 67.

“Il problema dei presupposti soggettivi d'imputazione di una omissione va risolto in funzione della natura di inadempimento di pretesa normativa a contenuto positivo che all'omissione stessa deve riconoscersi. (...) è necessario che non risulti che in base agli schemi medi del diritto in quella ipotesi un atto di volontà diretto all'adempimento della pretesa fosse del tutto impossibile (...) la *suitas dell'azione od omissione* si rivela dunque ad un'analisi approfondita come concetto composito nel quale si raggruppano, unificati sotto il profilo della comune funzionalità, fatti giuridici strutturalmente dei più diversi, che vanno dallo psicologico puro al normativo puro”¹⁵⁹.

E dunque, se l'art. 42 c.p. fosse preso alla lettera per aversi omissione cosciente e volontaria sarebbe necessario che il soggetto non avesse voluto compiere l'azione dovuta sapendo di essere obbligato a compierla.

Tuttavia, in tal modo numerose omissioni non sarebbero punibili, come quelle per dimenticanza ma anche alcune ipotesi dolose.

Se, infatti, la conoscenza dell'obbligo di agire è presupposto per la “coscienza e volontà”, il soggetto che omette un'azione per ignoranza non avrebbe la coscienza e volontà anche se potrebbe essere in dolo, come si vedrà più approfonditamente *infra*¹⁶⁰.

Si pensi all'ipotesi dell'omessa denuncia di uno straniero da parte di chi lo ha ospitato. Se il destinatario del precetto crede erroneamente che l'ospite sia italiano egli commetterà il reato, ma la sua omissione non potrebbe dirsi cosciente e volontaria *strictu sensu*.

Ma anche talune omissioni dolose potrebbero dirsi non sostenute da una vera e propria «coscienza e volontà».

Pertanto, nell'ambito dei reati omissivi è facile che il soggetto sia punito pur non avendo realizzato un'omissione cosciente e volontaria in

¹⁵⁹ M. GALLO, *Il concetto unitario*, cit., p. 59.

¹⁶⁰ *Infra*, par. 2.2.2.

senso stretto. Ciò è possibile solo aderendo alla teoria che limita la statuizione dell'art. 42, comma 1, c.p. alla sola previsione della *suitas* quale minimo coefficiente psichico dell'omissione. La concezione dell'Antolisei è più che mai fruttuosa nell'ambito del mondo dei reati omissivi. Il compito dell'interprete di fronte ad un'omissione, secondo la teoria dell'Antolisei, è quello di appurare – qualora l'omissione non sia cosciente e volontaria – se sia, quantomeno, attribuibile al destinatario del precetto e cioè da lui «impedibile», quale presupposto minimo della colpevolezza ex art. 42 c.p.

Differente è l'impostazione di chi, partendo dall'accoglimento della teoria dell'*aliud agere* ovvero dell'inerzia come dato esterno, sostiene che dalla coscienza e volontà esula la consapevolezza del disvalore penale della condotta realizzata, in quanto *“una cosa è, infatti, che l'agente realizzi proprio la condotta che è descritta nel modello legale e che contrasta con la norma penale ed un'altra, nettamente diversa, che egli abbia la consapevolezza di tali corrispondenza e valutazione. Si può quindi volere coscientemente una condotta penalmente omissiva anche quando in effetti si voglia consapevolmente soltanto il comportamento impeditivo (attività od inerzia) realizzato: il giudizio di disvalore penale non è, infatti, che la qualificazione formale di tale condotta e questa rimane sostanzialmente sempre la stessa sia che sia abbia sia che non si abbia conoscenza della sua corrispondenza al tipo legale”*¹⁶¹.

In conclusione, per completezza, meritano un rapido cenno le cause di esclusione dell'attribuibilità psichica della condotta al soggetto.

In primo luogo escludono la sussistenza della *suitas* della condotta tutte quelle situazioni di piena incoscienza come il delirio febbrile, la paralisi e altri simili che interrompono il nesso di volontà tra il soggetto agente e la condotta, sempre che tali situazioni non siano state provocate né

¹⁶¹ M. SPASARI, *L'omissione*, cit., p. 185.

volontariamente né per imprudenza o negligenza dal medesimo soggetto agente.

Altra causa di esclusione di ogni forma di responsabilità anche oggettiva, è rappresentata dal costringimento fisico inteso come una *vis major* irresistibile che proviene da un altro soggetto così come la forza maggiore, ove la *vis major* proviene da ogni forza esterna della natura che determina, in modo irreversibile ed inevitabile, il soggetto a tenere il comportamento attivo od omissivo che pone in essere.

2. Il dolo nei reati omissivi propri: struttura ed oggetto.

La definizione fornita dal legislatore all'art. 43 c.p. per la forma più grave ed originaria della colpevolezza¹⁶² secondo la quale "*il delitto è doloso o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso dell'azione o dell'omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione*", è stata ritenuta dalla dottrina parziale¹⁶³ e imprecisa.

Il legislatore utilizza, infatti, esclusivamente il modello del reato d'evento per individuare il duplice requisito psicologico del delitto doloso: previsione e volontà dell'evento cui è finalizzata la condotta o l'omissione posta in essere dall'agente¹⁶⁴.

Così, le prime rilevanti critiche relative alla formulazione dell'art. 43 c.p. hanno avuto ad oggetto proprio il concetto di evento.

¹⁶² È ormai opinione dominante e prevalente in dottrina la teoria in base alla quale il "dolo" e la "colpevolezza" rappresentano due realtà distinte o, meglio, aspetti diversi dell'universo soggettivo del reato. Con la locuzione colpevolezza si intende, infatti, "*l'insieme dei requisiti di quali dipende la possibilità di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso il fatto anti-giuridico*": G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 288; M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 1.

¹⁶³ Il codice Rocco ha incentrato la definizione del dolo sul modello del delitto d'evento.

¹⁶⁴ Sono state, infatti, abbandonate sia le teorie dell'intenzione sia quelle della mera rappresentazione.

È emerso, fin dall'entrata in vigore della norma, un difficile contrasto tra la concezione naturalistica che individua l'evento come modificazione della realtà esteriore derivante dal comportamento dell'agente, e l'accezione normativa intesa ad identificarlo nella lesione dell'interesse giuridico tutelato dalla norma stessa¹⁶⁵.

Le critiche mosse alla prima concezione mettono in luce la parzialità dei risultati cui giunge tale approccio, in quanto rimarrebbero esclusi dalla definizione di dolo tutti i reati di mera condotta e quelli omissivi propri.

Viceversa, le critiche di eccessiva rigidità mosse alla concezione normativa in quanto richiederebbe una conoscenza onnisciente della normativa penale in contrasto con la nuova "versione" dell'art. 5 c.p. all'indomani della sentenza della Corte Cost. 364/1988, possono essere agilmente superate mettendo in luce che la rappresentazione dell'interesse giuridico colpevolmente leso o messo in pericolo non equivale e non presuppone automaticamente la conoscenza del precetto penale, in quanto le norme tutelano, *rectius* dovrebbero tutelare, interessi già preesistenti sul piano della realtà etico – sociale¹⁶⁶.

Pertanto, il risultato della condotta criminosa da cui la legge fa dipendere la sussistenza del dolo andrebbe interpretato come **evento normativo**, ossia lesione o messa in pericolo di un bene giuridico, il quale, ai sensi del principio di offensività, deve essere necessariamente presente nella struttura di ogni reato, indipendentemente dalla sua percezione naturalistica.

In effetti, poi, il contrasto risulta sdrammatizzato, almeno per quanto riguarda i reati commissivi, ove si intenda come oggetto del dolo l'intero

¹⁶⁵ Per un approfondimento del tema si veda, tra gli altri, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003.

¹⁶⁶ Già è stato detto circa la non opportunità di una funzione promozionale del diritto penale intesa come possibilità di introdurre norme sanzionatorie per tutelare nuovi interessi non ancora del tutto condivisi dalla società: *supra*, cap. I, par. 3.

fatto tipico costitutivo del reato, ossia tutti gli elementi necessari e sufficienti a fondare la corrispondenza della condotta/omissione alla fattispecie criminosa¹⁶⁷.

Sotto il profilo intellettuale, quindi, il dolo è rappresentazione effettiva del fatto – di tutti gli elementi che caratterizzano il fatto tipico – ma non necessariamente conoscenza in quanto il dubbio non esclude il dolo (anche se non è conoscenza nella realtà).

Gli elementi del fatto si distinguono tra quelli che possono essere individuati e conosciuti attraverso i sensi, ossia gli elementi descrittivi, ovvero elementi che sono individuati dal legislatore attraverso concetti che esprimono qualità giuridiche o sociali e che possono essere conosciuti solo tramite la mediazione di una norma giuridica o sociale.

Se la norma giuridica presenta elementi normativi bisogna distinguere tra elementi aventi un significato laico parallelo, la cui conoscenza si ritiene sufficiente ai fini del dolo e quelli aventi solo un significato tecnico-giuridico rispetto ai quali va ulteriormente distinto a secondo che ai fini del dolo sia sufficiente la conoscenza del substrato di fatto o del significato tecnico¹⁶⁸. L'argomento risulta interessante soprattutto per quanto riguarda i casi di errore su cui ci si soffermerà nel proseguo.

Per quanto riguarda il profilo della volontà questa abbraccia sia il dolo intenzionale sia quello diretto sia, infine, quello eventuale, seppur con diversa intensità.

Se il discorso è stato abbastanza agevole per i reati commissivi, la prospettiva si ribalta per il settore dei reati omissivi nel quale si presentano numerosi problemi, in particolare per i **reati omissivi propri**, stante l'assenza

¹⁶⁷ F. MANTOVANI, *Manuale*, cit., p. 318.

¹⁶⁸ *IBIDEM*, p. 311.

non solo di una condotta positiva ma anche di un evento naturalisticamente percepibile.

Se, infatti, il dolo è conoscenza effettiva di tutti gli elementi rilevanti del fatto concreto che integrano una specifica figura di reato e volontà di realizzazione di ogni elementi di quel fatto, ciò che risulta fondamentale è individuare quale sia e che cosa si debba intendere per fatto tipico dei reati omissivi propri.

Dalla conclusione cui si è giunti nello scorso capitolo, il fatto tipico del reato omissivo proprio è composto dai seguenti elementi: soggetto attivo, situazione di fatto, condotta omissiva e non evento.

Con ordine.

Per quanto riguarda il momento conoscitivo, il soggetto agente dovrà essere conscio della sua qualifica o quantomeno delle circostanze di fatto da cui può evincersi la qualifica stessa nonché rendersi conto della presenza della “situazione di fatto” descritta dalla norma.

Quest’ultimo elemento riveste un’importanza fondamentale, in quanto è l’unico, nelle fattispecie omissive, ad essere dotato più o meno in base alle diverse categorie di reati omissivi di una consistenza naturalistica.

In alcuni casi, infatti, sarà proprio in base alla conoscenza della situazione tipica che il soggetto potrà rendersi conto del pericolo per il bene giuridico protetto e, quindi, dell’offensività della sua omissione, come meglio si vedrà anche nel proseguo.

I problemi nascono in relazione alla necessità della consapevolezza e volontà della condotta omissiva.

Come già analizzato, l’omissione quale “*non facere quod debetur*”¹⁶⁹ presenta una dimensione normativa che non può non influenzare anche

¹⁶⁹ F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit., p. 33.

l'elemento soggettivo. E così i sostenitori di tale teoria ritengono necessario che *"nell'omissione dolosa si abbia anche la rappresentazione e il rifiuto della volontà comandata"*¹⁷⁰ con la conseguenza che l'oggetto del dolo debba esteso alla qualificazione giuridica e, quindi, all'antigiuridicità¹⁷¹.

Inteso in questi termini, *"il dolo, nei reati omissivi, sembra quindi distinguersi dal dolo negli altri reati; ma in realtà, la distinzione è solo apparente, perché l'oggetto del dolo è pur sempre il fatto"*¹⁷² e i problemi nascono, quindi, proprio dalla peculiarità del fatto di omissione non dal dolo in sé e per sé!

Ed infatti, la mancanza di un'azione come elemento fisico e soprattutto di un evento in senso naturalistico priva l'interprete di un punto fisso su cui proiettare la tensione volitiva e *"nel fuoco del dolo della condotta omissiva rientrerebbe pure, dal punto di vista strutturale, la conoscenza dell'obbligo di agire"*¹⁷³.

La conseguenza sarebbe, pertanto, un *"arretramento della coscienza e volontà su posizioni normative"*¹⁷⁴ e il dolo verrebbe ad identificarsi con la consapevolezza dell'antigiuridicità del comportamento omesso: *"il rimprovero giuridico-penale nel dolo si fa convergere, così, sul cosciente rifiuto di tenere la condotta imposta da certe norme legali o tecniche"*¹⁷⁵. In tale prospettiva vengono ad essere attratti nell'oggetto del dolo anche le qualificazioni di antigiuridicità e doverosità della condotta non tenuta, con la conseguenza che sorgono problemi di interferenza tra fatto e precetto e tra dolo e conoscenza del comando.

Tuttavia, *"il diritto è «valutazione della condotta umana e delle conseguenze che da questa derivano, e perciò il reato non può avere per requisiti altro che fatti*

¹⁷⁰ F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit., p. 41.

¹⁷¹ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 117.

¹⁷² P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano*, cit., p. 435.

¹⁷³ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 999.

¹⁷⁴ F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit., p. 18.

¹⁷⁵ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 117 e M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 178.

materiali o psichici in rapporto a circostanza di ambiente, di tempo, di luogo ecc. della vita naturale e sociale»¹⁷⁶.

Per ovviare alle difficoltà in tema di individuazione dell'oggetto del dolo nei reati omissivi propri e del conseguente accertamento, parte della dottrina ha cercato di individuare un dato ontologico dell'omissione per scoprire il substrato naturalistico che costituisce l'oggetto del dolo.

Tuttavia, i vari esperimenti di cui si è dato cenno nel capitolo precedente non hanno trovato accoglimento dalla dottrina dominante. Ed invero, anche chi ha inteso far corrispondere il dolo all'intenzione di inibire i movimenti del corpo per evitare la realizzazione dell'azione dovuta¹⁷⁷ ha comunque dovuto ricorrere al collegamento con la doverosità dell'azione. La concezione che mette l'accento sull' "altra azione", ferme le obiezioni e le già espresse critiche sulla teoria dell'*aliud agere*, individua il substrato del reato omissivo in un dato fisico che, tuttavia, ha comunque sempre bisogno del necessario riferimento normativo per essere individualizzato. Secondo un'altra impostazione¹⁷⁸, poi, partendo dalla natura normativa dell'omissione, occorre scomporre in via analitica l'omissione in due aspetti, l'uno formale, essenzialmente normativo, alla luce del quale l'omissione altro non è che il non tenere il comportamento dovuto, l'altro contenutistico rappresentato dall'inerzia. Con la conseguenza che, secondo tale teoria, "*non soltanto il non tenere il comportamento dovuto è ritenuto offensivo per gli interessi tutelati, ma più precisamente, il non agire doverosamente comportandosi in maniera diversa*"¹⁷⁹.

¹⁷⁶ F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit., p. 19.

¹⁷⁷ B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1955; ID., *Principi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1955.

¹⁷⁸ M. SPASARI, *L'omissione*, cit.

¹⁷⁹ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., vol. I, p. 124.

Ciò che, tuttavia, occorre mettere in luce e valorizzare è, tornando all'importanza dell'elemento conoscitivo della situazione tipica, che l'omissione intesa come non fare *"trae il suo significato da concrete situazioni di vita, in particolare da una certa vicinanza fra un dato soggetto e dati elementi o eventi, che rende possibile e socialmente significativo un intervento attivo di quel soggetto in una data direzione"*¹⁸⁰.

I riferimenti sui quali si forma l'aspettativa dell'azione dovuta possono essere norme etiche, giuridiche o di altro genere. Così, i dati assunti per costituire la fattispecie normativa mantengono anche nelle ipotesi omissive la loro autonomia concettuale e strutturale di fronte alla norma, con la conseguenza della possibilità di distinguere il comando dall'azione comandata e i tipi legali dei reati omissivi dalla loro antigiuridicità e di separare il dolo dalla coscienza dell'illiceità.

Il fatto tipico che è oggetto del dolo è qualcosa che non è avvenuto e che si puntualizza solo in relazione alle altre circostanze concrete da cui deriva l'aspettativa del comportamento omissivo, con la conseguenza che l'elemento più importante oggetto del momento conoscitivo del dolo di omissione è, come già sopra anticipato, la **conoscenza delle circostanze di fatto da cui può evincersi la qualifica stessa nonché rendersi conto della presenza della "situazione di fatto" descritta dalla norma.**

Purtroppo, però, non tutti i reati omissivi propri presentano una situazione tipica in grado di evocare al soggetto agente la condotta da porre giuridicamente doverosa da porre in essere.

¹⁸⁰ D. PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., p. 400.

Rimangono, infine, da affrontare i problemi quelli concernenti l'ultimo elemento del fatto tipico: la rappresentazione e volizione del c.d. "non-evento"¹⁸¹.

Due posizioni.

Coloro che ravvisano un evento naturalistico in ogni reato omissivo¹⁸² e che, pertanto, escludono la sussistenza della categoria dei reati omissivi propri, intendono il dolo come coscienza e volontà dell'inerzia. Tuttavia a tale teoria si può facilmente obiettare che per evento naturalistico deve intendersi quell'evento collegato causalmente ad un'azione ed esplicitamente ipotizzato nella fattispecie legale. In tal modo *"quando lo Spasari afferma che l'evento del reato di omissione di atti di ufficio è il risultato dannoso che il compimento dell'atto di ufficio avrebbe potuto impedire, o fa riferimento ad un qualcosa di implicito nella stessa condotta omissiva ovvero ad un ulteriore risultato dannoso che va al di là della fattispecie legale e dei limiti della tutela penale"*¹⁸³.

Un'altra posizione individua il non evento come la mancata produzione del risultato che doveva prodursi. Tale elemento, alle volte non è espressamente previsto nella fattispecie legale, ma viene individuato come limite implicito della norma stessa.

Pertanto, in primo luogo, rappresentarsi e volere il non evento significa che il soggetto deve rappresentarsi e volere la scadenza infruttuosa del termine entro il quale il risultato positivo doveva essere prodotto.

Tuttavia, la conoscenza del termine implica conoscenza del precetto con la conseguenza che, ancora una volta, si crea una sovrapposizione tra fatto e precetto e tra dolo e conoscenza del comando.

¹⁸¹ F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 54.

¹⁸² Sostenitore di tale concezione è, principalmente, M. SPASARI, *L'omissione*, cit.

¹⁸³ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 126.

2.1. La commistione tra dolo e conoscenza del comando.

Come è emerso nel paragrafo precedente il problema del dolo nei reati omissivi propri ruota attorno all'interferenza tra l'elemento soggettivo più grave e la conoscenza della legge: fino a che punto è possibile avere coscienza e volontà di omettere, senza conoscere previamente la norma che impone di attivarsi in un determinato modo?

Alla base di questo quesito si pongono due opposti principi.

In primo luogo, l'esigenza di salvaguardare l'essenza del dolo omissivo in quanto *"come è un non senso un'omissione senza un dovere di attivarsi, così è un non senso una coscienza e volontà di omettere senza la conoscenza dell'obbligo di agire"*¹⁸⁴ anche perché il rispetto della struttura del dolo impone di ricomprendere la conoscenza dell'azione doverosa omessa in quanto quest'ultima fa parte della tipicità dell'omissione stessa. *"La volontà dell'azione nell'ignoranza del suo contrasto con l'ordinamento – caso consueto, nei reati di pura condotta senza profili omissivi, di dolo e di ignorantia iuris insieme – non è affatto identica alla volontà dell'omissione nell'ignoranza del medesimo contrasto, se il soggetto non sa di omettere, o se non coglie almeno la possibilità e l'opportunità fattuale, tecnica, di attivarsi"*¹⁸⁵.

Infatti, se nella prima ipotesi chi agisce non conosce l'antigiuridicità, nella seconda non conosce, oltre all'antigiuridicità, anche una parte fondamentale della stessa condotta tipica – l'azione dovuta –, che non coincide con il giudizio di antigiuridicità, ma il saperla anche solo possibile, vale ad identificare la situazione tipica, il tipo legale che comprende la percezione effettiva, e non presunta, della possibilità di attivarsi.

La tipicità del fatto omissivo non può, quindi, esistere senza l'individuazione del *facere* che la legge prescrive; e tale tipicità è

¹⁸⁴ F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 320.

¹⁸⁵ M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., pag. 286.

imprescindibile come “oggetto” del dolo. Se oggetto del dolo non è la contraddizione tra l’agire storico e il comando legale perché tale giudizio attiene all’antigiuridicità è anche vero che sostenere responsabile chi vuole una cosa senza conoscerla sembra descrivere i presupposti della colpa.

Pertanto, dal momento che oggetto del dolo è la tipicità del fatto omissivo e che quest’ultimo è inesistente senza l’individuazione del *facere* che la legge prescrive, ecco, quindi, i gravi limiti alla possibilità di ricostruire il dolo nei reati omissivi propri, ancorandolo non solo alla conoscenza e volontà dell’azione storica (alla *suitas*) ma, altresì, “*alla rappresentazione della possibile condotta alternativa a quella tenuta, e alla percezione della utilità, dell’opportunità, dell’efficacia della prima per neutralizzare determinati effetti pregiudizievoli, o anche soltanto alla percezione della doverosità sociale della condotta alternativa*”¹⁸⁶.

In secondo luogo, sul versante opposto, si trova l’art. 5 c.p., che nega ogni rilevanza all’*ignorantia juris* (non scusabile) per evitare di premiare i soggetti più insensibili e gli esercenti le attività professionali che non si informano sui loro obblighi di agire, oltre che per “aggirare” e superare le difficoltà di provare la mancata conoscenza della norma stessa.

2.1.1. *La distinzione tra reati “a situazione tipica pregnante” e reati “a situazione tipica neutra”.*

La dottrina ha affrontato la questione relativa alla tensione tra le due opposte esigenze e alle problematiche dell’individuazione dell’oggetto del dolo nei reati omissivi propri, attraverso l’elaborazione di una bipartizione

¹⁸⁶ M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 287.

dei reati omissivi propri in due categorie: reati “*a struttura complessa*” e “*a struttura semplice*”¹⁸⁷.

I primi sono strutturati “*oltre che attraverso l’indicazione del comportamento la cui omissione è punita*”¹⁸⁸ mediante il riferimento ad **elementi fattuali che stimolano il soggetto agente a porre in essere proprio il comportamento doveroso**. In tale categoria la consapevolezza dei vari elementi è in grado di evidenziare nel soggetto l’incidenza offensiva della propria omissione, senza la necessità che questo implichi la rappresentazione e conoscenza della tutela penale.

Viceversa, nella seconda categoria che Bricola definisce come “*reati omissivi propri a struttura semplice*”, mancano quegli elementi la cui conoscenza consente al soggetto di rendersi conto dell’offensività della propria condotta e la fattispecie omissiva è **impernata semplicemente sull’obbligo di tenere un dato comportamento**. In tali casi, come per esempio, nel reato di omesso versamento delle ritenute *ex art. 10 bis d.lgs. 74/2000*, “*non si può avere la consapevolezza di offendere l’interesse dell’ente alla percezione del contributo se non ci si rappresenta l’obbligo che la legge impone di versare determinate somme*”¹⁸⁹.

Tale distinzione, sul piano dogmatico, pur se accolta nei risultati cui giunge, è stata oggetto di alcune critiche che ne hanno reindirizzato la definizione¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Distinzione elaborata da F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 134. In merito a tali definizioni, l’Autore spiega che l’utilizzo dell’espressione “*unisussistenti*” riferita alla prima categoria di reati omissivi propri, non è del tutto corretta in quanto indica i reati a condotta non frazionata, giungendo, quindi, alla conclusione che forse è meglio utilizzare l’espressione “*reati omissivi propri a struttura semplice*”.

¹⁸⁸ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 131.

¹⁸⁹ Tali fattispecie sono simili a quelle, anche commissive, di pura creazione legislativa, ove è impossibile distinguere tra la consapevolezza dell’offesa e la rappresentazione della loro tutela penale.

¹⁹⁰ Si veda sul punto: F. PALAZZO, *L’errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, p. 231.

È stato, infatti, evidenziato che *“il dovere di agire è imposto da una norma penale, è molto difficile che essa non preveda un minimo di presupposti in presenza dei quali si pone concretamente l’obbligo di agire”*¹⁹¹. Ogni comando di agire deve prevedere le situazioni in presenza delle quali si richiede l’adempimento.

L’omissione ha come caratteristica principale il collegamento dell’azione prescritta ad una situazione di fatto che ne costituisce il presupposto ed è indispensabile per individuare il destinatario del comando di agire¹⁹². L’elemento costitutivo di ogni reato omissivo proprio è rappresentato dalla situazione tipica, la quale si compone di quelle circostanze di fatto da cui trae spunto, di volta in volta, l’obbligo di agire, con la conseguenza che *“un substrato naturalistico cui agganciare il dovere di agire nel caso concreto, dunque, ci sarà sempre”*¹⁹³.

Casomai, la differenza riguarda, in sostanza, soltanto i contenuti del precetto penale: desumibili tutti esclusivamente dalla norma penale, ossia dal precetto per i reati appartenenti alla seconda categoria, e individuabili facendo riferimento anche alla normativa extrapenale per i primi.

Ciò che davvero merita rilievo, quindi, è l’aspetto sostanziale, secondo cui *“un’eventuale distinzione entro la categoria dei reati omissivi puri non può essere formalmente dicotomica – secondo che sia o non sia tipizzato il presupposto (ineliminabile) del dovere di agire – ma potrà piuttosto porre attenzione alle differenze qualitative ed alla diversa «pregnanza di significati» dei presupposti esplicitamente o implicitamente tipizzati”*¹⁹⁴.

Si giunge così, attraverso questa prospettiva, a comprendere che la concezione del Bricola riconnette la distinzione tra reati omissivi propri a struttura semplice e a struttura complessa ed il problema del dolo in queste

¹⁹¹ D. PULITANÒ, *L’errore*, cit., p. 404.

¹⁹² N. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, 1965, p. 335.

¹⁹³ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 959.

¹⁹⁴ D. PULITANÒ, *L’errore*, cit., p. 404-405.

fattispecie, alla maggiore o minore pregnanza o capacità di impulso psicologico dei presupposti del dovere nelle diverse fattispecie omissive.

Così si possono distinguere i casi in cui il nesso tra i presupposti della situazione tipica, particolarmente “densi” e “significativi”, e l’impulso ad agire è immediato come nell’ipotesi della situazione di pericolo nel caso di omissione di soccorso, in quanto il fatto di trovarsi di fronte ad un soggetto incapace di provvedere a sé stesso per malattia di mente, corpo o per vecchiaia¹⁹⁵ suggerisce al ritrovatore indipendentemente dalla conoscenza della legge penale che incrimina l’omissione, la condotta positiva che l’ordinamento si attende e, viceversa, quelli nei quali il nesso è mediato dal contesto normativo e il “presupposto del dovere”, la situazione tipica non lancia alcun appello ad agire in quanto non preesiste un disvalore socialmente percepito o diffuso.

In tal modo si giunge a sostenere che nei casi in cui il dolo dell’omissione richiede la consapevolezza di omettere una certa azione e questa consapevolezza non sia attivata da presupposti tipici del dovere significativi, la sua fonte naturale, se non esclusiva, sarebbe solo data dalla conoscenza del dovere formale di agire.

Nei reati omissivi che si innestano “*su un substrato fenomenico materiale, che condiziona l’operatività dell’obbligo di compiere l’atto atteso*”, parte della dottrina, conclude che “*la volontarietà dell’omissione non può che essere riferita alla disobbedienza della norma che impone l’obbligo di adempiere così che il dolo implica necessariamente una conoscenza, almeno imperfetta, della norma violata*” anche se spesso tale conoscenza debba ritenersi presunta il che però “*non toglie che, se si prova in concreto la mancata conoscenza, l’omissione non può dirsi volontaria*” e l’avvertenza che “*non si tratta – come potrebbe sembrare – di una*

¹⁹⁵ Sono solo alcuni dei presupposti di fatto descritti dall’art. 593 c.p.

deroga all'art. 5 c.p., ma di un limite logico che tale norma incontra nella particolare natura dell'ipotesi considerata"¹⁹⁶.

La bipartizione elaborata da Bricola, così come rivisitata anche alla luce delle osservazioni della dottrina successivamente pronunciatasi sul punto, tra "*reati a struttura tipica pregnante*" e "*reati a struttura tipica neutra*" viene a coincidere con un'altra storica bipartizione: quella tra «reati naturali» e «reati di mera creazione politica» e tra «*mala in se*» e «*mala (quia) prohibita*», ove per quanto riguarda i casi nei quali l'interesse tutelato appare di esclusiva creazione legislativa, non essendo considerata la condotta penalmente rilevante quale *mala in se*, si rende impossibile una distinzione tra la consapevolezza dell'offesa di quegli interessi e la rappresentazione della loro tutela penale¹⁹⁷.

2.2. L'errore sull'obbligo di agire.

Di fronte al particolare intreccio tra fatto e precetto che viene a crearsi nei reati omissivi propri a struttura tipica neutra, occorre verificare se ci siano delle "valvole" attraverso cui dare rilevanza scusante **all'errore sull'obbligo di agire.**

Ai fini della **sussistenza del dolo** fondamentale importanza, soprattutto nei reati omissivi propri, assume l'errore. Quest'ultimo sul piano naturalistico-concettuale si distingue dall'ignoranza in quanto non si tratta di mancanza di conoscenza bensì di falsa conoscenza dal momento che si può ignorare senza versare in errore, ma non può essere vero il contrario in quanto l'errore presuppone sempre una ignoranza. Tuttavia, dal punto di

¹⁹⁶ P. NUVOLONE, *Il sistema*, cit. p. 272.

¹⁹⁷ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 134 che evidenzia il parallelismo tra le distinzioni che, seppur individuate con locuzioni differenti, hanno tutte la medesima *ratio*.

vista giuridico-penale i due termini sono considerati equivalenti¹⁹⁸: *“la mera ignoranza non rileva giuridicamente, perché il soggetto non opera se non in base ad un convincimento e, perciò, l’ignoranza che interessa il diritto è quella che determina un errore”*.

L’errore, tradizionalmente, è stato distinto tra *error facti* scusabile ai sensi dell’art. 47 c.p. quando cade su realtà naturalistica ed *error juris* inescusabile ai sensi dell’art. 5 c.p. quando investe la realtà normativa.

Tuttavia, sulla base di tale distinzione non si è mai riusciti a dare adeguata risposta ad uno dei grandi problemi di tale istituto: l’errore sulla legge extrapenale richiamata dalla norma penale.

Data la sua ambivalenza esso è stato oggetto di opposte soluzioni: in certi Paesi è stato assorbito nell’errore sulla legge penale, con la conseguenza della sua inescusabilità (come, ad esempio in Francia), in altri è stato equiparato all’errore di fatto e quindi scusabile (come nei Paesi scandinavi)¹⁹⁹. Tuttavia, entrambe queste soluzioni sono criticabili in quanto non consentono di distinguere a seconda che l’errore equivalga, negli effetti psicologici ultimi, all’errore sulla legge penale ovvero all’errore sul fatto.

Secondo parte della dottrina, infatti, il criterio di distinzione va ricercato, non tanto nella natura, *facti o juris*, dell’errore, bensì nella diversità degli effetti psicologici ultimi, ossia all’oggetto finale dell’errore, alla luce del principio di responsabilità colpevole.

Recependo tale orientamento vanno distinti gli artt. 5 e 47 c.p.

Si ha errore sul precetto penale *“quando il soggetto si rappresenta e vuole un fatto che è perfettamente identico a quello vietato dalla norma penale, ma che egli, per errore su questa, crede che non sia illecito, non costituisca reato. E’ un errore che si arresta alla sola anti-giuridicità: che investe, cioè, soltanto il divieto-comando del*

¹⁹⁸ F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 367.

¹⁹⁹ Per approfondimenti: F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 369, nota 75.

*fatto, ma non anche il fatto oggetto di esso. E ciò può derivare da errore su legge penale o da errore su legge extrapenale, da questo richiamata*²⁰⁰.

Viceversa, si avrà errore sul fatto nelle ipotesi in cui il soggetto crede di porre in essere un fatto diverso da quello previsto dalla norma penale e può consistere sia in un errore che non investe nemmeno il precetto (errore sul fatto di fatto), sia in un errore che cada sulla legge penale ed extrapenale (errore sul fatto di diritto).

Il reale punto di discriminazione tra errore sul divieto ed errore sul fatto è nell'identità, nel primo, e nella diversità, nel secondo, del fatto voluto rispetto al fatto previsto dalla norma incriminatrice.

Sulla base di tale differenza ontologica di effetti psichici ben si comprende anche la *ratio* della disciplina dei due diversi errori. Quello sul fatto rende irrilevante la conoscenza o conoscibilità o meno della legge, essendo detto errore del tutto configurabile anche nel soggetto che ha la perfetta conoscenza della legge penale: *“la considerazione dell'errore sul precetto postula l'inesistenza di un errore sul fatto, poiché solo dopo aver escluso questo, hanno ragione d'essere l'accertamento di un eventuale errore sul precetto e il rimprovero in caso di inescusabilità dello stesso”*.

Questa distinzione trova anche riscontro a livello legislativo nella L. 689/1981 nella quale, con riferimento all'illecito amministrativo, la formula *“nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto”* contrappone tale errore a quella sul precetto. Il legislatore della depenalizzazione, inoltre, evitando ogni richiamo all'errore di fatto e all'errore sulla legge extrapenale, ha voluto sottolineare che l'efficacia scusante sta nell'errore sul fatto, nulla importando che esso derivi da quello o da questo²⁰¹.

²⁰⁰ F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 370.

²⁰¹ IBIDEM, p. 371; M. DONINI, *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, in *Indice pen.*, 1987, p. 147.

Tuttavia, il discorso non può concludersi così semplicemente per tutte le ipotesi di errore, in quanto dubbi e difficoltà nascono nel caso degli elementi normativi della fattispecie, i quali da sempre hanno avuto una difficile legittimazione dogmatica nel nostro ordinamento²⁰².

Superata ormai la letteratura che sosteneva l'impossibilità di differenziare tra norme extrapenali regolanti l'intero fatto o singoli elementi di questo in quanto tutti gli errori su legge extrapenale si risolverebbero comunque in un errore sulla qualificazione giuridica e, pertanto, sull'intero fatto storico²⁰³, in quanto è possibile individuare tra le normative extrapenali che disciplinano un reato, quelle che fanno parte del precetto e quelle che, per quanto importanti e significative, hanno solo la funzione di concretizzare il precetto nei confronti delle varie situazioni.

Tuttavia, tale distinzione non è più possibile quando non si può differenziare il piano della tipicità dal piano dell'antigiuridicità perché è la stessa legge penale che è fonte di obbligo di agire altrimenti non conoscibile, oppure quando la normativa extrapenale attiene ad una formulazione di stampo sanzionatorio.

Ecco che si pone il grave problema ermeneutico della distinzione tra norme integratrici e non integratrici del precetto.

Alcune ipotesi di errore su elementi normativi sono, senza dubbio, riconducibili, ad errori sul fatto (come l'ipotesi di errore sull'altruità del bene per il reato di furto) in quanto svolgono la funzione di descrivere e circoscrivere meglio una condotta già individuata dalla norma incriminatrice, ma nel caso in cui l'elemento normativo è tale da "colorare"

²⁰² Per un approfondimento sul punto, si veda M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 4, nota 4.

²⁰³ G. DELITALA, voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. Dir.*, vol. I, 1958, p. 567; M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 761.

tutto il fatto costituendone l'antigiuridicità, come nell'ipotesi dei reati omissivi a situazione tipica neutra, si pongono problemi.

Numerose sono, infatti, le preoccupazioni di politica criminale in quanto in tutte le ipotesi in cui l'errore è ritenuto riprovevole, la scelta a favore dell'art. 47 c.p. porta all'esclusione della responsabilità se il fatto non è punito a titolo di colpa, laddove la scelta per l'art. 5 c.p. lascia sussistere l'imputazione a titolo di dolo²⁰⁴.

Anche la giurisprudenza non è univoca: se da una parte afferma, in linea di principio, che l'obbligo di agire non faccia parte del dolo risolvendosi lo stesso in un errore sulla legge penale ex art. 5 c.p.²⁰⁵, dall'altro talvolta è caduta nella tentazione di dare rilevanza scusante all'ignoranza dell'obbligo di agire.

La giurisprudenza di merito, infatti, ha aggirato lo scoglio di cui all'art. 5 c.p. attraverso diversi stratagemmi tra cui l'utilizzo della teorica della "buona fede" delle contravvenzioni anche nei delitti²⁰⁶, l'applicazione analogica dell'art. 48 c.p. ad ipotesi di errore di diritto²⁰⁷, ovvero dando rilievo ad errori che, seppur sarebbero rientrati tra le ipotesi di errore sul precetto, vengono considerati come errori sulla legge extrapenale e quindi rilevanti ex art. 47, ultimo comma, c.p.

Se si aderisce alla teoria normativa dell'omissione, si presuppone che i reati omissivi propri siano strutturati come l'insieme di due norme: una che impone al soggetto di compiere una determinata azione e l'altra che ripropone l'obbligo di agire nell'ambito del precetto penale²⁰⁸.

²⁰⁴ M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 5.

²⁰⁵ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 1010, nota 48.

²⁰⁶ Trib. Milano, 12.02.1986, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 449.

²⁰⁷ Trib. Pisa, 5.2.1982, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1630, con nota contraria di T. PADOVANI, *L'errore su legge penale determinato dall'altrui inganno e l'estensione analogica dell'art. 48 c.p.*, *ivi*.

²⁰⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 1013.

È, così, innegabile che vi sia una norma giuridica o morale che si inserisce nella struttura omissiva del reato a differenza di quelli commissivi, nei quali sussiste comunque, prima dell'introduzione del precetto penale, una norma morale o sociale che vieta di agire, ma tale norma resta estranea alla struttura tipica dell'illecito commissivo.

Nei reati omissivi, la norma pre-tipica può essere rappresentata da una norma giuridica extrapenale (come nell'ipotesi dei reati tributari), morale (si prenda ad esempio il reato di violazione obblighi di assistenza familiare ex art. 570 c.p.) o penale essa stessa (quando si tratta di reati di pura creazione legislativa)²⁰⁹.

I fautori dell'estensione del dolo alla conoscenza dell'obbligo di agire ritengono che l'oggetto di tale conoscenza sia rappresentato dalla prima norma, evitando, così, che il precetto entri a far parte del dolo. L'oggetto del dolo non riguarda così il comando penale, bensì solo la norma morale, extrapenale che comanda di porre in essere una determinata azione.

Viene, infatti, portato come esempio il reato di cui all'art. 731 c.p. che obbliga i genitori ad istruire i figli minori. Ebbene, seguendo tale teoria, ci sono due norme: una morale che comanda ai genitori di accudire e crescere i propri figli educandoli e l'altra, penale, che recepisce tale norma elevandola a precetto penale.

²⁰⁹ Secondo una parte ormai minoritaria e superata della dottrina un esempio sarebbe rappresentato dall'omissione di soccorso in quanto *“se è vero che vi è una norma morale che comanda a tutti gli uomini di soccorrere i propri simili in pericolo, è anche vero che essa forse non si estende ai quei casi in cui il «buon samaritano» deve addirittura esporsi ad un pericolo personale per aiutare il prossimo o comunque a quei casi in cui la prestazione di soccorso è esigibile”* (M. SPASARI, *L'omissione*, cit., p. 34 e G. GUARNIERI, *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937, p. 44). Tuttavia, sul punto la dottrina moderna, segnalando la necessità di *“interpretare la lettera dell'art. 593 c.p. in modo da far emergere davvero quel substrato naturalistico capace di costituire un appello all'azione per colui che trova il soggetto passivo, risvegliando in lui il dovere etico-sociale di solidarietà”*, ha definito il delitto di omissione di soccorso quale reato *“a struttura tipica pregnante”*. Sul punto si veda: F. BASILE, *Note sul dolo nei reati omissivi propri, con particolare riguardo al reato di omissione di soccorso*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 2/2014, p. 115.

Così, per rappresentarsi e volere la condotta omissiva è sufficiente che il soggetto abbia la conoscenza della prima norma. E tale norma, in quanto presupposto essenziale della conoscenza della condotta omissiva, altro non sarebbe che un elemento del fatto, anche se la sua conoscenza è normativa. Ed ecco la differenza con i reati commissivi, ove la condotta non è di indole normativa, bensì naturalistica e la norma “pre-penale” è accidentale alla condotta attiva stessa.

Tuttavia, i problemi rimangono nel caso in cui la prima norma venga a coincidere con la seconda.

È ovvio che se il disvalore morale si risolve nel disvalore penale svanisce la possibilità di separare il fatto dal precetto e si crea quel **famoso cortocircuito tra dolo e conoscenza del comando**, di cui già si è detto.

Ebbene, la distinzione tra reati omissivi propri a situazione tipica pregnante e a situazione tipica neutra è fondamentale per esaminare i casi di errore sull’obbligo di agire.

2.2.1 *L’errore nei reati “a situazione tipica pregnante”.*

Nei reati omissivi a struttura tipica pregnante, ossia quei reati considerati tipicamente *mala in se*, caratterizzati da presupposti fattuali significativi la cui sussistenza crea nel soggetto l’«*imput*» ad agire, la «molla» dell’insorgenza di doveri etico-sociali di agire²¹⁰, non si pone il problema dell’*ignorantia legis* della norma retrostante, quella penale, in quanto il soggetto può desumere la conoscenza dell’azione doverosa e, pertanto, avere la consapevolezza e la volontà di omettere, a prescindere dalla conoscenza della legge penale violata.

²¹⁰ F. BASILE, *Note sul dolo nei reati omissivi propri*, cit., p. 111.

Nell'ipotesi di omesso soccorso ex art. 593 c.p., inteso ed interpretato come reato omissivo proprio a situazione tipica pregnante e, quindi, facendo emergere quel "*substrato naturalistico capace di costituire un appello all'azione per colui che trova il soggetto passivo, risvegliando in lui il dovere etico-sociale di solidarietà*"²¹¹, il soggetto si rende conto che vi è una condotta doverosa a prescindere dalla conoscenza della legge penale incriminatrice.

Il dolo, in queste ipotesi, non ha come oggetto la conoscenza della norma penale – il precetto – ma ha ad oggetto il fatto, i presupposti fattuali dai quali nasce l'obbligo di agire.

2.2.2. *L'errore nei reati "a situazione tipica neutra".*

Viceversa, nei reati in cui manca un substrato naturalistico in grado di consentire al soggetto di rendersi conto dell'offensività della sua condotta, si profila "*una situazione analoga a quella che si pone per i reati nei quali l'interesse tutelato appare di esclusiva creazione legislativa e per i quali si rende impossibile una distinzione tra la consapevolezza dell'offesa degli interessi e la rappresentazione della loro tutela penale*"²¹².

Infatti, "*là dove l'obbligo di agire sia completamente normativizzato, o meglio ancorato a criteri tutti giuridici, formali, tecnici e non si abbia sentore della loro possibile esistenza giuridica, e soprattutto quando non c'è nessun risultato, nessun pregiudizio da prevenire, giacchè l'azione appare semplicemente irregolare se non autorizzata previamente*"²¹³, si rende impossibile la conoscibilità del *facere*

²¹¹ F. BASILE, *Note sul dolo nei reati omissivi propri*, cit., p. 115; ID., *Il delitto di omissione di soccorso*, cit..

²¹² F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 134.

²¹³ M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 287.

imposto senza la mediazione della norma stessa: fatto e antigiuridicità²¹⁴ non sono adeguatamente separabili.

Ebbene, in tali ipotesi di estrema normativizzazione del *facere* imposto, come per esempio nel delitto di omesso versamento di ritenute dovute o certificate ai sensi dell'art. 10 *bis* d.lgs. 74/2000, ben si comprende come il soggetto non possa avere la consapevolezza di offendere l'interesse dell'ente alla percezione del contributo senza previamente rappresentarsi l'obbligo imposto dalla legge extrapenale tributaria di versare detta somma²¹⁵.

Sulla base del mero diritto positivo, l'errore sull'obbligo di agire nei reati omissivi propri a contenuto tipico neutro è un errore sul precetto e, pertanto, regolato dall'art. 5 c.p., con la conseguenza che lo stesso è irrilevante agli effetti dell'esclusione del dolo salvo che tale errore non sia "inevitabile".

Questa conclusione, tuttavia, solleva non poche tensioni in una prospettiva politico-criminale in quanto molto spesso, nelle ipotesi in cui vi è una forte compenetrazione tra fatto di reato e precetto, il soggetto che non conosce la norma che lo obbliga ad agire di solito nemmeno si rende conto di omettere e di porre in essere una condotta, con conseguente violazione del principio di personalità della responsabilità penale nonché di rieducazione della pena ex art. 27 Cost.

Ed infatti, *"nella misura in cui il fatto è offensivo secondo criteri di artificiale creazione politica, potrà giustificarsi l'opportunità dell'incriminazione per il*

²¹⁴ Sono le ipotesi in cui la fonte dell'obbligo altrimenti inconoscibile è la stessa legge penale, o quelle per cui le normative extrapenali richiamate dal precetto attengono ad una formulazione di stampo sanzionatorio, ovvero quelle fattispecie per cui *"nell'ambito dei numerosi precetti «extrapenali» non sia agevole individuarne qualcuno veramente generale di significato culturale quanto meno per una categoria di destinatario determinati, tale da ricondurre solo esso nel precetto penalistico"* (M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 299)

²¹⁵ M. DONINI, *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, in *Indice pen.*, 1987, p. 147.

perseguimento di scopi meritevoli, ma giammai si riuscirà a conoscere il disvalore prescindendo dalla tutela giuridica che dà volto e consistenza sociale agli interessi assunti a primario rango di protezione da parte dell'ordinamento"²¹⁶.

Per i reati a struttura tipica neutra, quindi, la violazione della norma penale non assicura la fondatezza di un rimprovero di colpevolezza e una parte della dottrina, per far fronte a questa carenza di colpevolezza in chiave personalistica, sostiene che sia necessario ricomprendere nell'oggetto del dolo la conoscenza dell'antigiuridicità.

La difficoltà di collocare il dolo e la conoscenza/conoscibilità della legge penale su piani autonomi e distinti ha condotto una parte della dottrina ad auspicare la riformulazione delle fattispecie omissive proprie in modo pregnante²¹⁷ o almeno "specificando" il dolo esaltandone il "versante sociale del rapporto mezzi-fini espresso dal dolo specifico"²¹⁸ ovvero la loro previsione come ipotesi contravvenzionali o, *in extremis* una vera e propria depenalizzazione²¹⁹.

Il problema dell'errore sul divieto nei reati il cui significato oggettivo sia o possa apparire neutro di fronte ai valori etico-sociali o, "*comunque non trasparente alla generalità dei cittadini*"²²⁰ unitamente alla conseguente esigenza di evitare che un soggetto possa essere ritenuto responsabile solo per non aver conosciuto una normativa accessoria e complementare del diritto tributario, finanziario, amministrativo, e di aver così, solo per questo motivo, agito trasgredendo uno dei precetti penali, è stato il motivo centrale dello

²¹⁶ M. DONINI, *Il delitto di contravvenzionale*, cit., p. 63.

²¹⁷ Aderendo a tale prospettiva, ben si comprende la tendenza a negare rilevanza alla funzione promozionale del diritto penale intesa come promotrice di nuovi valori.

²¹⁸ M. DONINI, *Il delitto di contravvenzionale*, cit., p. 341.

²¹⁹ IBIDEM, p. 342.

²²⁰ D. PULITANÒ, *L'errore*, cit., p. 438.

sviluppo, nella prima metà del novecento, delle teorie che auspicavano l'emersione di un *“diritto penale amministrativo”*²²¹.

Riprendendo una storica distinzione²²², tra i delitti considerati *“mala in se”* e le trasgressioni considerate *“mala quia prohibita”*, si è fatto leva sulla circostanza per cui *“se si ammette che la legge penale amministrativa è vincolante poiché è un comando al cittadino, allora non può essere punito chi non ha potuto percepire il comando. Il principio «ignorantia legis nocet» non può aver vigore in questo campo”*²²³.

Anche il legislatore non pare essere del tutto indifferente alle esigenze descritte, ed infatti, in tema di reati tributari è espressamente prevista l'esenzione da responsabilità penale sia per i casi di errore su norma extrapenale (già rilevanti in ambito penale per il tramite dell'art. 47, comma 3, c.p.), sia per le differenti ipotesi di *“violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione”*²²⁴. Da una parte l'efficacia scusante della prima parte della norma riflette una coerente applicazione dei principi generali che presiedono la responsabilità dolosa, dall'altro i casi di *“obiettive condizioni di incertezza”* riflettono le preoccupazioni connesse ai problemi in tema di sovrapposizione tra precetto penale e conoscenza della legge extrapenale. Questi ultimi casi, secondo una parte della dottrina, tendono, tra l'altro, a *“materializzarsi come*

²²¹ M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 39; A. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pen.*, 1909, p. 385; C. E. PALIERO, *Il «diritto penale-amministrativo»: profili comparatistica*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1980, p. 1254.

²²² Si fa riferimento alle considerazioni di Manzini sul diritto penale di polizia e sulle contravvenzioni: *“nel diritto penale di polizia ... non si fa carico alla persona di aver agito in modo anche individualmente riprovevole; bensì di essersi contenuta in modo socialmente dannoso o pericoloso, ancorché individualmente non le si possa rimproverare una intenzionale violazione del diritto”*. In tal modo il piano dell'imputazione si ferma al livello di antigiuridicità, senza approfondimenti soggettivi in punto di colpevolezza. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1981, p. 126.

²²³ D. PULITANÒ, *L'errore*, cit. p. 443.

²²⁴ Art. 15 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

*assenza di tipicità del comportamento del contribuente imputato*²²⁵, incidendo, quindi, non sul piano della colpevolezza ma già su quello della tipicità.

Si è giunti anche a sostenere che nelle fattispecie di mera condotta carenti di concreta pericolosità – reati artificiali – e in quelle omissive proprie fondate su situazioni d’obbligo prive di referenti fattuali significativi a c.d. offensività neutra, vi possa essere una sorta di “*frode delle etichette*” con conseguente natura contravvenzionale di tali norme, al di là dell’ostacolo rappresentato dalla lettera della legge²²⁶ e dall’art. 39 c.p..

Si sostiene, infatti, che se il legislatore è libero di scegliere quale veste attribuire alle diverse fattispecie, quale tecnica legislativa utilizzare per tutelare i beni giuridici, ciononostante deve comunque rispettare alcuni criteri di imputazione soggettiva che sono tanto più cogenti quanto più gravi appaiono le conseguenze giuridiche dei relativi fatti. Tra questi criteri c’è anche quello che impone il rispetto delle differenze tra dolo e colpa perché altrimenti si rischia di svilire l’imputazione soggettiva degli stessi delitti e di punire a titolo di dolo fatti di mera negligenza²²⁷.

Questo è il caso dei reati omissivi che si innestano su condotta neutra. “*Se l’interprete non compie la scelta di ancorare il dolo ad una corrispondente colpevolezza dai tratti differenziati rispetto a quella della colpa, sino a richiedere la coscienza dell’illiceità extrapenale, che si traduce in sostanza nella consapevolezza dell’antigiuridicità, le norme non potranno che funzionare come contravvenzioni*”²²⁸, per le quali anche la mera colpa rileva per fondare la responsabilità penale.

²²⁵ E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, II ed., Bologna, 2013, p. 1058.

²²⁶ Fautore di tale teoria è, tra gli altri, M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 331, che ha coniato l’espressione “delitti contravvenzionali” per definire tali reati. Sembrerebbe una contraddizione in termini, ma rende l’idea della commistione tra la lettera della legge (che descrive tali reati come delitti) e l’applicazione concreta giurisprudenziale (che, ritenendo integrate tali fattispecie anche in presenza della mera colpa li “trasforma” in contravvenzioni”).

²²⁷ M. DONINI, *Il delitto di contravvenzionale*, cit., p. 37.

²²⁸ IBIDEM, p. 300.

Quando già la **colpa è seriamente pensabile solo sul presupposto della conoscenza dell'obbligo**, è **inconcepibile che tale conoscenza sia estranea all'oggetto del dolo**²²⁹. Il legislatore, infatti, deve sempre rispettare il principio costituzionale che vuole che la personalità della responsabilità penale sia ancorata a quel coefficiente soggettivo quantomeno colposo che garantisce alla pena di tendere alla rieducazione del reo, senza sconfinare in quelle imputazioni soggettive che realizzano una frode delle etichette, accollando a titolo di dolo fatti od omissioni che presentano un contenuto di struttura e ancor più di valore proprio della colpa.

Pertanto, o si incrimina la medesima fattispecie sia a livello doloso che colposo assicurando una equa scelta punitiva in concreto alla luce della commisurazione della pena operata in concreto dal giudice, oppure non si può accettare che il legislatore, per mere scelte estemporanee di politica criminale o al fine di creare strumenti di pressione sociale e di *deterrence*, sanzioni a titolo di dolo fatti che, per come strutturati e applicati, mascherano imputazioni colpose o addirittura oggettive.

In teoria senza la conoscenza del comando non dovrebbe essere possibile parlare di omissione volontaria e quindi dolosa, tuttavia, nella prassi l'art. 5 c.p. impone di trattare come dolosa ogni omissione oggettivamente considerata, purchè l'azione trasgressiva del comando sia essa stessa volontaria e a sua volta consapevole della semplice situazione tipica, che in quanto tale non contiene il comando o la propria anti giuridicità²³⁰.

Tale atteggiamento culturale è condizionato da un vecchio orientamento dottrinale che disapplicava costantemente l'art. 47, comma 3 c.p. in favore dell'art. 5 c.p. e vedeva con stupore le eccezioni rappresentate

²²⁹ IBIDEM, p. 290.

²³⁰ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., pp. 933-967, 1004-1041.

dai casi di antigiuridicità speciale o da quelli in cui si dà rilievo agli errori sull'antigiuridicità.

2.3. Il dolo eventuale.

Un ulteriore aspetto critico che si è posto in dottrina, alla luce della particolarità della struttura fattuale dei reati omissivi, è rappresentato dalla possibilità o meno di ritenere rilevante il dolo eventuale nei delitti omissivi propri.

Da una parte vi è chi sostiene l'impossibilità di ritenere integrato il dolo nelle ipotesi di dubbio²³¹ in quanto se nei reati commissivi è sufficiente anche il dubbio sulle circostanza precedenti o concomitanti all'azione in quanto l'azione "assorbe la maggiore «quantità» di attenzione del soggetto"²³², ciò non accade nel caso dei reati omissivi. In quest'ultimi, come sopra esaminato, l'unico dato *latu sensu* materiale sul quale può ancorarsi la coscienza e volontà del soggetto è proprio la «situazione tipica».

I sostenitori di tale orientamento evidenziano, quindi, come in difetto di una "sufficientemente sicura conoscenza della situazione tipica il soggetto dovrebbe, ancor prima di decidere se agire o non, risolvere un'alternativa ulteriore: e cioè se meglio informarsi sulla situazione di fatto o non. E ciò non rientra, di norma, tra gli obblighi del destinatario del precetto"²³³. Inoltre, per non porsi in contraddizione con la giurisprudenza maturata sull'art. 593 c.p. che prevede la sussistenza del dolo anche in caso di dubbio sulla situazione tipica, ritengono che, in tale ipotesi, sia stato il legislatore stesso attraverso l'estensione della richiesta di soccorso anche qualora il corpo sembri inanimato a prevedere la situazione tipica conformata in modo particolare e

²³¹ G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, Milano, 1965, p. 211 ss; opinione condivisa anche da A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 1032.

²³² Per tutti, si veda M. GALLO, *Il dolo, oggetto e accertamento*, cit., p. 185.

²³³ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 1032 (la parte non in corsivo è stata aggiunta).

tale da ricomprendere le situazioni di dubbio che altrimenti non sarebbero state rilevanti.

Tuttavia, questo indirizzo interpretativo non sembra oggi potersi accogliere soprattutto alla luce della recente giurisprudenza in tema di omesso soccorso stradale ai sensi dell'art. 189, comma 7, d.lgs. 285/1992 in base al quale *“chiunque, nelle condizioni di cui al comma 1 (aver provocato un incidente e la presenza di soggetti che possono aver subito un danno alla persona), non ottempera all'obbligo di prestare l'assistenza occorrente alle persone ferite, è punito con la reclusione da un anno a tre anni”*.

Nonostante la mancata descrizione, da parte del legislatore, di una situazione tipica in grado di ricomprendere espressamente anche le ipotesi di dubbio, sia la dottrina che la giurisprudenza ritengono sufficiente una conoscenza della situazione tipica anche in forma solo dubitativa, dal momento che si può rispondere del reato anche in caso **dolo eventuale** *“che si configura normalmente in relazione all'elemento volitivo ma che può attenere anche al momento intellettuale, quando l'agente consapevolmente rifiuta di accertare la sussistenza degli elementi in presenza dei quali il suo comportamento costituisce reato, accettandone per ciò stesso l'esistenza: ciò significa che rispetto alla verifica del danno alle persone eziologicamente collegato all'incidente, è sufficiente (ma pur sempre necessario) che, per le modalità di verifica di questo e per le complessive circostanze della vicenda, l'agente si rappresenti la probabilità - o anche la semplice possibilità - che dall'incidente sia derivato un 'danno alle persone' e che queste 'necessitino di assistenza' e, pur tuttavia, accettandone il rischio, ometta di fermarsi”*²³⁴.

²³⁴ F. BASILE, *Commento art. 189, d.lgs. 285/1992*, cit. Nonché la giurisprudenza ivi elencata Cass., sez. IV, ud. 13 maggio 2011 (dep. 27 giugno 2011), n. 25668, in *Leggi d'Italia*; nello stesso senso, Cass., sez. IV, ud. 16 aprile 2015 (dep. 28 aprile 2015), n. 17690, S.M., in *Leggi d'Italia*; Cass., sez. IV, ud. 24 luglio 2014 (dep. 05 agosto 2015), n. 34495, A.G.N., *Leggi d'Italia*;

Se, invece, il soggetto ha un'errata percezione della situazione tipica – ad esempio a causa del buio non si rende nemmeno conto che la persona trovata è ferita – allora egli versa in una situazione di errore sul fatto ai sensi dell'art. 47, comma 1, c.p., la quale esclude il dolo e, quindi, la stessa punibilità dei delitti omissivi propri. La dottrina annotava a tal proposito, in relazione all'omissione di soccorso, che *“l'errore abolitivo del dolo può ugualmente incidere nella mancata conoscenza delle condizioni prevedute nella disposizione (come nell'ipotesi di chi non vede un ubriaco caduto nel fosso e in procinto di annegare), quanto nell'erroneo apprezzamento delle condizioni stesse (l'agente vede benissimo una persona supina, in posizione normale, ma la ritiene addormentata, anziché colpita da malore)”*²³⁵.

2.4. L'accertamento del dolo e le tendenze della giurisprudenza: *dolus in re ipsa*, “degradazione” del dolo in colpa e trasformazione di taluni delitti in contravvenzioni.

I principi generali impongono, come noto, che il dolo debba essere rigorosamente provato dalla pubblica accusa.

Tuttavia, l'accertamento della rappresentazione e volontà del fatto tipico nelle ipotesi di reati omissivi propri, alla luce delle peculiari caratteristiche di struttura che abbiamo già analizzato, risulta particolarmente complesso, con la conseguenza che, spesso, la giurisprudenza è giunta a ricorrere a delle presunzioni ed inversioni dell'onere della prova per ritenere punibili come dolose omissioni che, in realtà, erano colpose.

in dottrina: G. DE VERO *Il dolo e la preterintenzione*, in DE VERO (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, 2010, p. 202.

²³⁵ G. GUARNIERI, *Il delitto di omissione di soccorso*, cit., p. 108.

In alcuni casi, soprattutto per le ipotesi di reati a struttura tipica neutra, come l'omessa denuncia, l'omissione di referto o di atti di ufficio, accertare la sussistenza del dolo, pretendere la verifica cioè che l'agente si sia rappresentato l'azione comandata e abbia deliberatamente rifiutato di compierla significherebbe, in molti casi, giungere all'impunità di numerosi fatti di omissione.

Se da una parte c'è, quindi, chi sostiene che *“la determinazione di ciò che era nella (...) mente dell'omittente sarebbe talmente congetturale da rendere l'imposizione di tali sanzioni indesiderabile”*²³⁶ con conseguente rinuncia alla formulazione di fattispecie omissive; dall'altra parte, invece, si afferma che *“in taluni delitti di pura omissione, data la estrema difficoltà di provare il dolo, questo verrebbe ad essere presunto juris tantum, una volta raggiunta la prova della sussistenza dell'omissione e finché l'imputato non fornisca dimostrazione di un legittimo impedimento o di un'altra valida giustificazione”*²³⁷.

La giurisprudenza, seguendo tale ultimo orientamento, è giunta spesso a legittimare la condanna sulla base del mero accertamento della sussistenza del fatto tipico dell'omissione, nei casi in cui l'imputato non avesse dato prova di un legittimo impedimento o di altra valida giustificazione.

Non è, infatti, raro che, data per accertata la presenza di un'azione/omissione cosciente e volontaria, si interferisca in via presuntiva la sussistenza del dolo generico. Tuttavia, non è possibile inferire il dolo generico dalla volontarietà dell'azione od omissione, poiché *“significa dare per scontata nel soggetto agente la posizione di consapevolezza nei riguardi di numerose circostanze che intervengono talora a costituire la fattispecie legale”*²³⁸.

²³⁶ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 56, nota 235.

²³⁷ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 113.

²³⁸ IBIDEM, p. 72.

In effetti ci sono fatti che divengono punibili solo in presenza di date condizioni “per cui, pur valendo la presunzione di volontarietà del fatto in sé, devono essere provati tutti gli altri elementi che costituiscono il dolo”, in quanto “nei delitti il dolo comprende anche la conoscenza di quegli elementi ai quali un determinato precetto penale subordina la delittuosità di un comportamento dell'uomo”²³⁹, ossia la fattispecie tipica.

Questo meccanismo presuntivo, basato sia sull'inversione dell'onere della prova – è l'imputato che deve dimostrare l'insussistenza dell'elemento soggettivo del reato e non l'accusa –, sia sulla desumibilità del dolo dalla mera sussistenza della omissione – che prende il nome di *dolus in re ipsa*²⁴⁰ –, rappresenta un'agevole scappatoia giurisprudenziale laddove l'accertamento psicologico si appalesa particolarmente complesso. Tuttavia tale meccanismo si pone in contraddizione palese con il principio di personalità della responsabilità penale sancito all'art. 27 cost.

Un'ulteriore *escamotage* utilizzato dalla giurisprudenza è rappresentato dalla «degradazione» del dolo in colpa²⁴¹. L'ipotesi di bancarotta semplice, infatti, rappresenta uno dei casi più controversi di colpa implicita²⁴² in quanto la giurisprudenza maggioritaria ha affermato che, ai fini dell'integrazione del delitto *de quo*, non è necessaria la volontà di rendere impossibile la

²³⁹ F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 73.

²⁴⁰ Espressione coniata in relazione ai reati commissivi per quelle ipotesi di comportamenti c.d. “psicologicamente orientati”, dotati *ex se*, per il modo peculiare con cui si estrinsecano nella realtà, di una naturale valenza probatoria del dolo.

²⁴¹ Si fa riferimento alle ipotesi previste dall'art. 217, comma 2, L. F.

²⁴² In tal senso, G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, in *Diritto penale*, vol. II, Padova, 1935, p. 896 ss.; E. PROTETTI, *Sull'elemento soggettivo del delitto di bancarotta semplice*, in *Giur. Pen.*, 1959, II, p. 510; nonché G. FORNASARI, *Bancarotta semplice*, in *Diritto penale commerciale*, vol. I, *I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, (a cura di) E. CARLETTI, in *Giur. sistem. dir. pen.*, (a cura di) F. BRICOLA – V. ZAGREBELSKI, Torino, 1990, ove si rinvia per un'ampia rassegna critica della dottrina della giurisprudenza.

ricostruzione del patrimonio o del movimento di affari, bensì è sufficiente la mera irregolare tenuta delle scritture²⁴³.

Tale definizione, infatti, sembra essere compatibile maggiormente con la logica della colpa anziché del dolo, in quanto la prima accentra maggiormente l'epicentro dell'illiceità nella regola cautelare del caso concreto, la cui mera violazione fonda il giudizio di responsabilità²⁴⁴.

Seguendo tale impostazione sembrerebbe sussistere in alcuni reati, tra cui quelli omissivi propri, quell'indifferenza della volontà colpevole tra dolo e colpa che di solito caratterizza i reati contravvenzionali²⁴⁵, sebbene la tendenza di trasformare taluni delitti omissivi puri in contravvenzioni, si pone in contrasto con l'art. 39 c.p.²⁴⁶.

3. La colpa.

Così e come per il dolo anche l'oggetto della colpa deve investire il fatto tipico di omissione (comprendente, quindi, il soggetto attivo, la situazione di fatto, la condotta omissiva, il non evento).

Anche in ambito di accertamento della colpa, tuttavia, si riscontrano le medesime problematiche già evidenziate in tema di dolo, ovvero sia la difficoltà di determinazione dell'elemento soggettivo.

E così, se il dolo nei reati omissivi viene «degradato» in colpa, la colpa viene spesso a «svanire» in responsabilità oggettiva²⁴⁷.

²⁴³ Tra le più recenti: Cass., sez. V, 11 marzo 2015, n. 24297.

²⁴⁴ M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica*, Milano, 1950, ripreso da R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, X ed., Roma, 2014, p. 908.

²⁴⁵ Posizione del F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 114 sostenuta anche da G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, cit., p. 900.

²⁴⁶ Sul punto si veda: G.D. PISAPIA, *Omesso versamento di contributi INA-Casa: delitto o contravvenzione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 619.

²⁴⁷ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 1049.

In poche parole, *“se l’illecito omissivo doloso viene talora ritenuto, quantomeno sostanzialmente di indole contravvenzionale, il reato omissivo colposo tende ad essere considerato un mero illecito «parapenale», nell’ambito del quale può tranquillamente applicarsi la regola factum pro dolo accipitur”*²⁴⁸.

Attraverso tale prospettiva, le omissioni per dimenticanza che hanno alimentato la problematica della «coscienza e volontà» di cui all’art. 42, comma 1, c.p., sembrano essere assimilabili ad ipotesi di responsabilità oggettiva.

Ed ecco, quindi, che se per alcune fattispecie di reati omissivi propri si manifesta, da un lato, l’esigenza di prevedere anche la punibilità per colpa al fine di evitare una abrogazione di fatto della norma; dall’altro, si evidenzia la particolare «povertà» dell’illecito di pura omissione colposa.

²⁴⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., p. 1049.

CAPITOLO III

L'INESIGIBILITÀ NEL REATO OMISSIVO PROPRIO

SOMMARIO: 1. Il principio di inesigibilità: concetto, origini storiche, ratio e critiche. – 1.1. L'influenza della concezione normativa della colpevolezza sull'indagine intorno alla inesigibilità. – 1.1.1. La ricerca di criteri di concretizzazione dell'inesigibilità. – 1.1.2. Il panorama in Italia. – 1.1.3. Il punto sul(le origini storiche del) principio di inesigibilità. – 2. I rapporti tra l'inesigibilità e i reati omissivi propri. – 3. L'inquadramento sistematico dell'inesigibilità nei reati omissivi propri. – 3.1. Esimente che agisce a livello di: tipicità. – 3.2. (segue): anti giuridicità. – 3.3. (segue): colpevolezza. – 3.3.1. L'inesigibilità come causa generale di esclusione della colpevolezza e *ratio* delle scusanti codificate – 3.3.2. L'incerta natura dello stato di necessità. – 4. Le tendenze della recente giurisprudenza italiana in tema di inesigibilità nei reati omissivi propri: in particolare nei reati tributari. – 4.1. Aperture. – 4.1.1. Esclusione del fatto tipico: crisi di liquidità come ipotesi di forza maggiore. – 4.1.2. Esclusione della colpevolezza. – 4.1.3. La crisi di liquidità come espressione del principio di inesigibilità. – 5. Spunti per una prospettiva *de iure condendo*.

1. Il principio di inesigibilità: concetto, origini storiche, ratio e critiche.

Nel linguaggio comune il termine “esigibilità” rievoca qualcosa di possibile, qualcosa che si può chiedere a qualcuno di compiere, tanto che la definizione che si trova nei dizionari si riferisce testualmente a “*possibilità di qualcosa di essere riscosso*”²⁴⁹, mentre il suo contrario, sul piano terminologico, si può definire come “*un comportamento – materialmente possibile – che non si può umanamente pretendere da un certo soggetto in una data situazione*”²⁵⁰.

Non è un caso, infatti, che l'idea dell'inesigibilità sia stata elaborata anzitutto in ambito civilistico, in particolare nella materia delle obbligazioni, quale criterio di limitazione del dovere del debitore di adempiere la

²⁴⁹ LO ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, XII ed., Roma, 1999.

²⁵⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 375.

prestazione pattuita in presenza di un radicale mutamento delle condizioni di fatto²⁵¹.

Con le prime codificazioni del novecento, soprattutto in Germania fin dal codice civile del 1900 era stata prevista una “valvola respiratoria” del sistema in grado di adeguare il rigore del principio *pacta sunt servanda* non solo alle ipotesi in cui non fosse materialmente possibile rispettare il patto, bensì anche nei casi in cui l’obbligato si trovasse in situazioni particolari tali per cui l’adempimento avrebbe comportato uno sforzo notevolmente superiore rispetto quello richiesto al momento dell’assunzione dell’obbligo²⁵².

Anche in Italia il principio di inesigibilità ha trovato elaborazione particolarmente curata in ambito civilistico, in particolare, in quello delle obbligazioni. Emblematico l’art. 1467 c.c. in cui è contemplato l’istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta che prevede, in presenza di contratti per i quali è previsto il decorso di un intervallo di tempo tra la stipulazione ed esecuzione dell’accordo, la possibilità di non adempiere in caso sopravvenga un avvenimento straordinario ed imprevedibile che faccia, per l’appunto, diventare eccessivamente oneroso eseguire il contratto²⁵³.

Si ha inesigibilità, quindi, in via generale, quando vi è un comportamento che l’ordinamento in astratto può pretendere dai consociati, “*ma che non può umanamente pretendere da un certo soggetto in una certa situazione*”²⁵⁴. Tuttavia, da un confronto tra le norme tedesche e quelle italiane espressioni del principio di inesigibilità in materia di obbligazioni emerge

²⁵¹ Si può pensare, ad esempio, all’imponente fenomeno inflattivo che aveva investito la Germania all’indomani del primo conflitto mondiale.

²⁵² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 16 che fa riferimento al § 242 BGB.

²⁵³ Un altro esempio utile è rappresentato dal caso regolato dall’art. 1227, comma 2, c.c. che statuisce che il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza.

²⁵⁴ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 17.

che *“la norma italiana si limita a porre sul tappeto la questione dell’inesigibilità di un comportamento prescindendo da un criterio di valore (...) la norma tedesca propone proprio quel criterio di valore, dicendo in sostanza: tutti quei casi in cui venga in esame il dubbio sulla esigibilità di un comportamento nell’ambito dei rapporti obbligatori debbono essere risolti dal giudice rifacendosi al criterio della buona fede nei trattati negoziali”*²⁵⁵.

Indipendentemente dalle etichette sotto cui, di volta in volta, si presenta, l’inesigibilità è un fenomeno immanente alla realtà giuridico-penale contemporanea *“specie da quando la funzione dell’ente-Stato ha perduto i suoi connotati leviatanici oppure etici per assumere quelli più spiccatamente sociali dello Stato democratico di diritto, momento d’incontro, di equilibrio e, in definitiva, di compromesso”*²⁵⁶.

Tuttavia, non in tutti i settori del nostro ordinamento è così agevole giungere a definire e collocare l’esigibilità.

In ambito penale, ove il concetto di esigibilità rievoca istanza di adeguamento del sistema alla realtà fenomenica dell’attuale momento storico in un’ottica garantista²⁵⁷, si palesano numerose difficoltà e differenti orientamenti in ordine sia al riconoscimento stesso dell’esistenza del principio di inesigibilità sia in ordine alla sua collocazione dogmatica.

Una parte della dottrina individua la “nascita” della non esigibilità in campo penale nella reazione della dottrina tedesca di fronte alla norma relativa allo stato di necessità ritenuta *“troppo angusta per una materia così vasta”*²⁵⁸. Viene, così, sostenuto che la non esigibilità faccia fronte alla rigidità

²⁵⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 9.

²⁵⁶ IBIDEM, p. 17.

²⁵⁷ M. MONCLAVO, *L’esclusione del dolo nei reati tributari di omesso versamento IVA e ritenute certificate. Il riconoscimento della crisi di liquidità quale causa di inesigibilità del comportamento doveroso*, in <http://www.aodv231.it/>.

²⁵⁸ Si vedano i riferimenti agli autori tedeschi riportati da L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Sassari, 1948, p. 1 (nota 1).

dello stato di necessità e alle lacune relative ad ipotesi particolari di c.d. necessità relativa, assumendo i connotati di un principio generale secondo il quale *“non è punibile chi si trova a commettere un reato in circostanze per le quali non pare umanamente esigibile un contegno conforme al precetto penale”*²⁵⁹.

In realtà, poi, i sostenitori di tale orientamento ritengono che la necessità di prevedere come esistente tale principio affondi le proprie radici nel passato²⁶⁰ tanto che la giurisprudenza, anche in Italia, aveva sostenuto, al fine di riempire il vuoto relativo alla mancanza di una norma di contenuto analogo a quello dell'attuale art. 384 c.p., nell'ambito dei reati contro l'amministrazione della giustizia, che *“se la legge non obbliga ad attestare la colpevolezza del padre, del figlio, della moglie e del fratello non può – anche se apparentemente tace – sotto pena di condanna come falso testimone, obbligare a deporre contro se stesso, nessuno essendo tenuto ad accusare se stesso, a proclamare ed assodare con la sua confessione la sua delinquenza come complice di un reato”*²⁶¹.

L'indagine intorno alla non esigibilità nasce, quindi, come uno dei problemi che assillano la dottrina in tema di stato di necessità, *“quasi a confessare l'incapacità della norma a comprendere esattamente la fenomenologia così varia della vita sociale”*²⁶².

Ebbene, le considerazioni dei criminalisti dell'Ottocento e le pronunce giurisprudenziali di quel periodo, a prescindere che possano o meno essere considerate come un'anticipazione delle concezioni normative della

²⁵⁹ L. SCARANO, *La non esigibilità*, cit., p. 5.

²⁶⁰ Secondo tale teoria, la celebre frase di Filangeri secondo cui *“le leggi non possono dare dei martiri all'eroismo come le religioni li ha dati dalla fede, ma non possono come quella punire coloro che non hanno il coraggio di richiedere un simile sforzo”* (G. FILANGERI, *Scienza della legislazione*, cit., § 37) si riferisce al fatto che chi agisce in circostanze eccezionali non può essere dichiarato colpevole.

²⁶¹ Cass. Torino, 20 ottobre 1881, *Monitorie dei Tribunali*, 1881, p. 1103; ma anche in termini simili, Cass. Firenze, 8 luglio 1882, *Monitorie dei Tribunali*, 1882, p. 917, n. 22.

²⁶² L. SCARANO, *La non esigibilità*, cit., p. 9.

colpevolezza²⁶³, sono lo specchio, senza dubbio, solo di una specifica esigenza: estendere i limiti angusti della disposizione in materia di stato di necessità applicandola analogicamente ad ipotesi che denotavano la presenza di situazioni in cui il soggetto si trovava di fronte ad un grave conflitto di interessi. Il limite di tali considerazioni è quello di non aver individuato un nuovo principio regolativo o normativo ma di essersi limitati ad intuire ed enunciare solo la *ratio* del principio di inesigibilità.

Infatti, al di là di qualche pronuncia isolata, nel nostro ordinamento il principio di inesigibilità non ha trovato accoglimento come in quello tedesco, in quanto, secondo la maggioranza della dottrina, tale principio si sarebbe posto in contraddizione con quello di legalità. Solo recentemente, parte della dottrina e della giurisprudenza, mossa dalla necessità di trovare una "*valvola che permetta ad un sistema di norme di respirare in termini umani*"²⁶⁴, è tornata ad utilizzare la categoria dell'inesigibilità come possibile causa di non punibilità dei reati tributari.

1.1. L'influenza della concezione normativa della colpevolezza sulle indagini intorno alla inesigibilità.

Momento di svolta dello studio e dell'indagine intorno alla non esigibilità è rappresentato dall'emersione e accoglimento in dottrina della concezione normativa della colpevolezza.

²⁶³ Sul punto, infatti, Fornasari critica la ricerca effettuata da Scarano per cogliere anticipazioni della teoria della colpevolezza intesa come giudizio anche di rimproverabilità in quanto afferma che una cosa è l'interpretazione "*quasi meccanicistica di alcuni passaggi testuali non privi di significato*" e un'altra è la vera e propria concezione affermatasi in Germania che evidenziava la difficoltà di graduare la colpevolezza nell'ambito del solo rapporto psicologico tra autore e fatto. Sul punto: G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 38, nota 11.

²⁶⁴ G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982.

I primi veri e concreti tentativi di piena valorizzazione del principio di inesigibilità sono stati compiuti in Germania nel XIX secolo, ove l'ambiente culturale era influenzato oltre che da correnti filosofiche a sfondo irrazionale e giusnaturalistico anche dalla dottrina teleologica protestante²⁶⁵.

L'atmosfera culturale degli anni in cui si è sviluppata la teoria della inesigibilità in Germania era attraversata da due filoni culturali entrambi riconducibili al giusnaturalismo. Nel dopoguerra, infatti, per reagire alle nefandezze dei conflitti mondiali, per cercare giustizia ed un ancoraggio stabile per i valori calpestati, le correnti giusnaturalistiche, sostenendo la presenza e la superiorità di un diritto non scritto più elevato rispetto quello legislativo, hanno avuto gran fortuna.

Un primo orientamento, facente capo a Radbruch, aveva elaborato un concetto di diritto extralegislativo che vedeva il giudice come creatore di giurisprudenza e "*servitore di un diritto giusto*". Questa interpretazione è stata poi utilizzata dai sostenitori della non esigibilità affermatasi in giurisprudenza intorno agli Anni '50 come criterio regolativo per il giudice per fare giustizia in ogni singolo caso concreto.

Un secondo filone, sostenuto *in primis* da Welzel²⁶⁶, si identificava nella cosiddetta "teoria finalistica dell'azione" e "*rivolge(va) uno sguardo privilegiato alla volontà e all'atteggiamento interiore dell'agente*" rispetto al risultato prodotto dall'azione od omissione posta in essere dallo stesso.

Il dibattito sulla inesigibilità ha trovato terreno fertile nei famosi processi aventi per imputati i medici degli istituti per malattie psichiche in

²⁶⁵ Secondo una parte della dottrina, infatti, il forte influsso della religione basata su un rapporto frontale e intimo tra il singolo uomo e Dio, fonte di paura e incertezze, diverso e distante dal cattolicesimo basato su una potente gerarchia, avrebbe influenzato l'elaborazione della concezione normativa della colpevolezza e di conseguenza quello relativo al principio di non esigibilità

²⁶⁶ H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965.

relazione al programma di eutanasia²⁶⁷. In merito si erano registrate due tendenze. La prima che riteneva non vi fosse alcuna situazione di conflitto di interessi e quindi nessuna scusante od esimente, l'altra sostenuta da coloro che tentavano di sottoporre le condotte ad un trattamento tale da escluderne la pena. All'interno di tale filone vi erano poi altre due "sottocorrenti", l'una che individuava la mancanza di rimproverabilità nella esclusione della colpevolezza e l'altra che individuava nel comportamento posto in essere dai medici una causa di esclusione della punibilità.

Ecco, quindi, che *"era venuto il tempo di risvegliare dal «sonno di Rosaspina» in cui era caduto a causa della puntura del pensiero giuridico nazionalsocialista"*²⁶⁸ il principio di inesigibilità.

Il contesto, tuttavia, non era il più idoneo in quanto non si dava la giusta attenzione alla differenziazione tra i casi di conflitto di doveri insolubile, ove qualsiasi scelta effettuata da un soggetto avrebbe creato una situazione antiggiuridica, rispetto quelle situazioni che rendevano solo eccessiva la pretesa di una condotta conforme alla normativa, ove più che altro il comportamento lecito sarebbe stato impossibile.

È in questo contesto che si è sviluppata la concezione della colpevolezza di Frank basata sull'aver agito in modo diverso da come l'ordinamento giuridico voleva che si agisse. Elementi costitutivi della colpevolezza sono, quindi, non solo la capacità di intendere e volere ma,

²⁶⁷ All'indomani della seconda guerra mondiale, le corti tedesche avevano affrontato, tra l'altro, numerosi processi aventi come imputati medici che avevano cooperato alla cosiddetta "azione di eutanasia", tramite la quale dovevano essere eliminati, a seguito di una ordinanza di Hitler, tutti i malati di mente giudicati inguaribili; molti di questi medici avevano sostenuto di essere stati moralmente contrari all'eutanasia, ma di non aver rifiutato di collaborare all'operazione, una volta costretti, per poter mandare a morte solo una parte delle vittime designate e salvando un certo numero di vite, cosa che non sarebbe potuta accadere se essi, una volta negata la propria collaborazione, fossero stati sostituiti da altri colleghi assolutamente fedeli al regime e alle sue direttive.

²⁶⁸ La famosa allegoria appartiene a EB. SCHMIDT, richiamato da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 144, nota 25.

altresì, la normalità della determinazione, in base alle circostanze oggettive, della volontà del soggetto agente. Tuttavia, questa prima versione formulata da Frank rendeva ardua l'individuazione della linea di confine tra le circostanze appartenenti e rilevanti per il fatto tipico e quelle che potevano essere considerate sotto il profilo della colpevolezza.

Per far fronte a tali critiche Frank ha elaborato, così, la cosiddetta "seconda versione" in base alla quale la colpevolezza è la somma della capacità di intendere e volere, della volontarietà dell'azione od omissione e della possibilità normale della motivazione della volontà. Un'importanza decisiva nel giudizio di colpevolezza viene assunta, quindi, dalla normalità dell'atto di volontà rispetto alla normalità delle circostanze nelle quali si agisce.

Proprio **la possibilità di una normale motivazione della volontà rappresenterebbe un principio generale di scusa**²⁶⁹, in base al quale *"il diritto non colpisce la pura disobbedienza in sé e per sé, ma solo la disobbedienza in quanto produttiva di quel turbamento alla vita sociale che la norma giuridica ha il compito di prevenire e riparare"*.

Nel momento in cui Frank ha individuato l'elemento della **rimproverabilità** come al **centro del concetto di colpevolezza** cercando di dargli un contenuto, prima facendo riferimento alla rilevanza delle circostanze concomitanti e poi alla anormalità della motivazione del reo, si è sviluppata, in dottrina, una discussione volta a precisare i confini tra la realizzazione di fatti rimproverabili e fatti non rimproverabili che presto ha portato alla ribalta il **principio di inesigibilità quale "elemento chiave dell'equilibrio interno del concetto di colpevolezza in senso normativo"**²⁷⁰.

²⁶⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 81.

²⁷⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 59.

La strada aperta da Frank è stata percorsa da numerosi altri autori tedeschi che hanno tentato di *“indicare con maggiore precisione quale fosse l’elemento normativo comune al dolo e alla colpa ed inoltre assegnare un più definito ruolo dogmatico alle cause di esclusione della colpevolezza”*²⁷¹.

Secondo tale impostazione *“c’è accanto ad ogni norma giuridica che richiede ai singoli un determinato comportamento esterno, un’altra norma inespressa che ingiunge al singolo di indirizzare il proprio comportamento interiore in modo che esso corrisponda alle esigenze che l’ordinamento giuridico stabilisce rispetto al suo comportamento esteriore”*²⁷². Il fondamento del rimprovero penale viene individuato nella violazione della norma di dovere – che impone di astenersi dall’agire o di agire (nei casi di reati omissivi) di fronte alla rappresentazione che quella attività/omissione produrrà un evento vietato dall’ordinamento – alla quale, a sua volta, è collegata la categoria dell’esigibilità.

Numerose critiche si sono sollevate rispetto a questa impostazione, sia per la **manca**za di un preciso criterio di concretizzazione, ora individuato nell’«uomo medio», ora nel «cittadino medio»²⁷³, sia per il rischio di una *“relativizzazione dei beni giuridici ed un inammissibile rapporto di prevalenza degli interessi individuali su quelli statali, in definitiva, più che ad un affinamento del concetto di colpevolezza si giungerebbe ad un allentamento della tutela degli interessi fondamentali approvati dall’ordinamento e a un diritto penale in cui la decisione sulla punibilità dei singoli fatti non è più compito esclusivo del legislatore”*²⁷⁴.

Se da un lato lo spunto che ha ridato vita alla teoria dell’inesigibilità, soprattutto in Germania, è rappresentato dalla impostazione che ricercava la possibilità di collocare tale principio come regolativo, ovvero sia come

²⁷¹ I più noti esponenti tedeschi di questa linea interpretativa furono: Goldschmidt, Eb. Schmidt, Freudental.

²⁷² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 61.

²⁷³ Questo criterio aveva come obiettivo quello di porre maggiore attenzione e sensibilità ai valori dell’ordinamento giuridico – sociale.

²⁷⁴ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 117.

*“valvola di apertura del sistema messa a disposizione del giudice per tendere alla massima individualizzazione del giudizio sul caso concreto”*²⁷⁵, dall’altro, negli ordinamenti liberal-democratici, non poteva essere accolta una simile impostazione basata sull’operatività di una clausola di illimitata individualizzazione del giudizio.

I fautori della necessità di identificare criteri di concretizzazione dell’inesigibilità sostengono l’inutilità delle teorie che auspicano la massima individualizzazione in quanto ogni singolo fatto storico si compone di una serie di elementi la cui individualità è assolutamente irrilevante ai fini del giudizio, come per esempio la posizione sociale del soggetto passivo del reato di omicidio che non può dare lumi circa la qualifica giuridica da attribuire alla fattispecie concreta nell’ipotesi di esigibilità nell’omissione di soccorso. Lo scopo di ottenere giustizia nel singolo caso concreto prescinde dalla considerazione di ogni circostanza di fatto, anzi l’estrema individualizzazione porta con sé il pericolo di un giudizio sbagliato²⁷⁶, con il rischio di attribuire al giudice la facoltà di far valere le ragioni del proprio intuito senza seguire un procedimento che ne elimini l’arbitrarietà.

Viceversa, i sostenitori dell’esigenza di individualizzazione affermano la necessità di rintracciare un punto di equilibrio con i principi garantistici che presiedono la funzione giudiziaria, giungendo a sostenere che l’individualizzazione vada riferita solo a determinati aspetti della fattispecie concreta e che deve essere accompagnata da un adeguato lavoro di selezione di regole che non lascino spazio all’arbitrarietà.

Ricercano, quindi, un punto di equilibrio tra la necessità di uno spazio di manovra del giudice al fine di non creare un sistema talmente rigido da

²⁷⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 195.

²⁷⁶ Per approfondimenti e critiche si veda nota 6 in G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 198.

non poter essere utilizzato e i limiti rappresentati dalla necessità di generalizzabilità²⁷⁷, motivabilità²⁷⁸ e preventivabilità²⁷⁹ delle decisioni giuridiche. In breve, questa parte della dottrina sostiene che *“non ogni aspetto della fattispecie concreta può essere utilmente fatto oggetto di considerazione, ma solo quegli elementi che siano idonei a far luce su un tratto differenziale la cui particolarità sia apprezzata dall’ordinamento come incidente sul giudizio di disvalore operato dall’organo giurisdizionale”*²⁸⁰.

Le regole che servono per l’individualizzazione al fine di non lasciare al giudice l’arbitrio del proprio intuito in fase di decisione non sono rappresentate da norme legislative bensì da regole dogmatiche che *“divengono regole di riempimento dei precetti legislativi”* e tramite questi si rafforzano anche i principi di certezza e uguaglianza in quanto si fornisce al giudice un elemento di giudizio .

Il grande limite dell’età di Weimar fu rappresentato dalla scarsa attenzione rivolta al problema della differenziazione dei criteri di concretizzazione.

1.1.1. La ricerca di criteri di concretizzazione dell’inesigibilità.

Nelle diverse concezioni di stampo cognitivistico si è posto l’accento su riferimenti del tutto astratti, come la debolezza umana, l’istinto di conservazione, il timore di conseguenze dannose, che, tuttavia, erano

²⁷⁷ Il principio di generalizzabilità rappresenta una conquista di civiltà e si base sull’uguaglianza di trattamento.

²⁷⁸ La motivabilità si fonda sulla necessità di evitare decisioni puramente intuitive. Tuttavia, non si può neanche dare spazio al mito della deduzione *tout court*. La dottrina favorevole all’esigibilità suggerisce una soluzione intermedia: formulazione di regole dogmatiche attraverso le quali possa fare perno la decisione che in tal modo verrebbe strutturata in un procedimento discorsivo motivato e, pertanto, riconoscibile.

²⁷⁹ Quanto al postulato delle preventività, esso è visto come espressione del principio di certezza del diritto. Il cittadino deve poter essere in grado di discendere a priori quali comportamenti siano permessi e quali vietati e perciò dovrebbero essere in linea di principio inammissibili norme dal cui contenuto non se ne possa trarre un’informazione sicura circa la punibilità della condotta e che lasciano ogni decisione all’arbitrio del giudice.

²⁸⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 205.

rapportati a modelli umani di difficile materializzazione in quanto scollegati da ogni considerazione verso gli interessi o beni giuridici che di volta in volta entrano in gioco. Seguendo questa strada i tentativi di trovare uno spazio al principio di inesigibilità sono falliti.

Tuttavia, se da un lato si ritiene che il legislatore possa incitare l'interprete a valutare l'esigibilità dei comportamenti, dall'altro si ritiene che non possa fissare criteri specifici in quanto gli stessi sarebbero del tutto generici o si presenterebbero come un'intollerabile ed esasperata casistica.

Pertanto, il difficile ed importante compito di elaborare criteri di concretizzazione dell'inesigibilità spetterebbe alla giurisprudenza. Il giudice partendo dal riferimento strettamente legislativo, avrebbe, quindi, a disposizione un insieme di razionali criteri di valutazione tenendo in considerazione la *ratio* dell'inesigibilità stessa.

Il principio di inesigibilità trova, infatti, la propria ragion d'essere negli stessi equilibri statuiti dagli ordinamenti giuridici liberal-democratici che limitano l'onnipotenza dell'autorità statale in considerazione del valore fondamentale della persona umana che nelle costituzioni assume centralità rispetto allo Stato²⁸¹. Se è vero che normalmente le norme giuridiche impongono doveri in linea di principio esigibili²⁸², è altrettanto vero che l'esigibilità di un comportamento non può essere valutata esclusivamente in astratto ma vi deve essere un margine per una valutazione in concreto.

²⁸¹ Anche in Italia, il valore della persona umana svolge un ruolo centrale nella tutela dell'ordinamento come prevede l'art. 2 Cost.

²⁸² Questa argomentazione era alla base di una corrente di pensiero che si opponeva alla teorica dell'inesigibilità. Secondo tale impostazione, infatti, *“la scelta in ordine alla esigibilità delle condotte penalmente rilevanti viene già effettuata in sede legislativa con la delineazione della fattispecie punibile, il cui rispetto è sempre e comunque esigibile, ovviamente nei limiti di eventuali cause di esclusione della responsabilità opportunamente codificate”*. Vedi nota n. 36, in G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 217.

Tuttavia, anche la scelta dei presupposti costituzionali come idonei ad indirizzare il processo di concretizzazione del principio di inesigibilità suscita dubbi e perplessità. I principi della dignità umana, dello stato di diritto, l'idea dell'eliminazione di un rapporto di gerarchia tra Stato ed individuo, ben difficilmente possono rappresentare una guida per il giudice nel discernimento tra condotte inesigibili ed esigibili. Questi principi possono costituire la *ratio* dell'inesigibilità ma non il criterio di concretizzazione di quest'ultima.

Al fine di individuare i criteri di concretizzazione la dottrina è giunta a prevedere come punti di partenza due presupposti.

In primo luogo, la rilevanza dell'anomalia della situazione di fatto per stabilire se si possa "*aprire una breccia nel rigore del disposto della norma*"²⁸³ e, in secondo luogo, l'esistenza di un determinato grado di proporzionalità tra gli interessi in gioco.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la direttiva costituzionale di concretizzazione è rappresentata dal principio di uguaglianza ex art. 3 cost. Se è vero che le norme devono presentare un determinato grado di astrattezza per non colpire singoli comportamenti e garantire l'uguaglianza, è anche vero che non si possono trattare in modo eguale situazioni diverse. Pertanto, nei casi in cui la situazione di fatto in cui si innesta la condotta è talmente anomala da far venire meno proprio uno degli elementi che integrano il comune nucleo delle condotte appartenenti a quella fattispecie, allora il principio di uguaglianza è violato di fronte "*all'applicazione di una norma ad un'ipotesi la cui eccezionalità elimina in concreto la riconducibilità logica della fattispecie alla norma*". In secondo luogo, poi, occorre considerare i termini di proporzione tra l'interesse che la norma è chiamata a tutelare e

²⁸³ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 220.

quello che il soggetto intende far valere. Tuttavia, se un bilanciamento dei beni in senso astratto può avere un significato in rapporto alla costruzione di cause di giustificazione, nell'ambito della inesigibilità ci si muove su un piano differente, quello della esclusione della riprovevolezza, della rimproverabilità dell'autore del fatto antiggiuridico.

1.1.2. *Il panorama in Italia.*

Nel periodo storico compreso tra le due guerre mondiali la concezione della colpevolezza era saldamente impostata su quella psicologica e il mito del diritto positivo imperversava incontrastato, con la conseguenza che nessun rilievo era dato dal tema della inesigibilità²⁸⁴.

L'occasione per l'emersione di un dibattito sul tema è stata offerta dai processi per reati di collaborazionismo commessi da soggetti od organi della Repubblica Sociale Italiana per agevolare l'occupazione tedesca dopo le note vicende dell'8 settembre 1943 e, nella prevalenza, consistenti in comportamenti imposti o non vietati dall'ordinamento giuridico di quella effimera Repubblica²⁸⁵.

Tuttavia, l'Italia non è stata attraversata dal fenomeno della rinascita del diritto naturale e delle correnti giusnaturalistiche come in Germania e si è

²⁸⁴ Si veda, per tutti, V. CAVALLO, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Napoli, 1973, p. 425, il quale individua la non esigibilità come "l'aspetto inverso dell'obbligo perché se non si può pretendere un comportamento non vi può essere un dovere, per la contraddizione che non consente che non vi possa essere un dovere che non si possa esigere". Ed ancora F. ALIMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938, p. 89, il quale sostiene che "è il legislatore che in un primo momento stabilisce quali sono i fatti che debbono diventare reati, e in un secondo momento stabilisce che la conformità di un fatto ad una fattispecie non è da sola bastevole a dar vita al reato, ma che è necessario che, accanto alla conformità alla fattispecie, si verifichi l'assenza di una causa giustificata. Dopo di che, saranno contegni esigibili quelli che, pur conformi ad una fattispecie, non sono autorizzati dalla presenza di una causa giustificata".

²⁸⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 165.

posto l'accento solo sulla necessità di talune forme di indulgenza nel valutare situazioni anomale²⁸⁶.

La dottrina aveva impostato il problema chiedendo se fosse possibile o meno attendersi, in determinate situazioni caratterizzate da circostanze anomali, un comportamento diverso da quello tenuto, sempre avendo riguardo al fatto che il diritto non può pretendere atti di eroismo²⁸⁷.

L'unico in Italia ad aver tentato di dare una collocazione sistematica al principio di inesigibilità all'interno della parte generale di diritto penale è stato il Bettiol il quale, tra l'altro, è stato anche uno dei primi sostenitori della concezione normativa della colpevolezza. Secondo il suo orientamento, nell'ambito degli elementi di giudizio della colpevolezza rientrava, oltre alla capacità di intendere e volere e al nesso psicologico tra fatto e soggetto agente, anche la *"normalità dell'atto volitivo, nozione comprensiva – per diversi effetti – dell'inesigibilità, costringimento fisico, forza maggiore, caso fortuito, errore di fatto, reato aberrante, errore di diritto, reato putativo e reato impossibile"*. Per il Bettiol la non esigibilità altro non era che la *ratio* delle cause di esclusione della colpevolezza e che poteva valere in via analogica anche per ipotesi simili pure in casi non previsti dalla legge²⁸⁸.

²⁸⁶ I giudici, infatti, assolvevano l'imputato di collaborazionismo per la sussistenza della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere con la motivazione *"è incontestabile interesse della nazione che i servizi civili non subiscano sospensione nei territori occupati dal nemico, ma continuino ad essere esercitati da coloro che ad essi attendevano prima dell'occupazione e che, pertanto, offrono maggiori garanzie di competenza e di imparzialità che non eventuali impiegati messi nei loro posti dal nemico. Da ciò consegue che non si possa ravvisare reato nel fatto del pubblico impiegato il quale adempia un dovere di ufficio, cui non avrebbe potuto sottrarsi senza pericolo di danno, neppure se dall'atto possa derivare vantaggio ai disegni politici del nemico. Collaborazione col nemico vi è soltanto allorchè l'impiegato prenda un'iniziativa da cui avrebbe potuto astenersi senza pericolo, reale e concreto, di danno, ovvero ponga, per favorire il nemico, nell'esplicazione della sua attività uno zelo non necessario, andando oltre i limiti nei quali avrebbe potuto attenersi senza che potesse derivargli danno"*: Cass., sez. II, 28 febbraio 1946, in *Giur. It.*, II, 1946, p. 122.

²⁸⁷ G. BETTIOL, *«Non esigibilità» e collaborazionismo*, in *Giur. it.*, 1946, II, p. 121.

²⁸⁸ *IBIDEM*, cit., p. 121 e G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 166, nota 5.

Sulla scia aperta dai casi di collaborazionismo e dalla concezione del Bettiol sono emersi, anche nell'ordinamento italiano, i primi tentativi di affrontare il problema in modo specifico e con maggiore coscienza dogmatica.

Si tratta di due approcci. L'uno, sottoposto a numerose critiche, che fa capo a Nuvolone il quale individua il fondamento dell'inesigibilità nel processo di motivazione dell'agente che non può considerarsi come antidoveroso. Elemento valutato come apprezzabile è la rottura tra inesigibilità e colpevolezza (come Henkel oltr'alpe) ma critiche sono state mosse alla mancata indagine sull'incidenza della antidoverosità nella sfera dei limiti taciti della tipicità²⁸⁹.

L'altro è rappresentato da Scarano²⁹⁰ il quale individua la non esigibilità come la *ratio* delle cause di esclusione della colpevolezza e, attraverso l'ausilio dell'analogia, come esimente nei casi non espressamente previsti dalla legge.

Gli equivoci che i critici hanno individuato in questa impostazione sono riconducibili a due filoni. Il primo critica l'utilizzo della analogia in quanto sostiene che le scusanti sono eccezionali e, pertanto, l'utilizzo dell'analogia in una materia eccezionale non è consigliabile. Il secondo

²⁸⁹ Vedi G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 169, nota 10. L'Autore illustra l'opinione contrastante di Nuvolone per il quale non è lo stato psichico a rilevare per l'inesigibilità, ma il valore oggettivo attribuito ai motivi. Ma se così è, dall'oggetto del giudizio di colpevolezza dovrebbero rimanere esclusi i fattori che hanno a che vedere con la coscienza dell'antigiuridicità la quale può mancare a seguito di un errore sul divieto inevitabile, il quale, "*facendo venir meno il dovere di comportarsi secondo l'imperativo di una norma e subendo un procedimento di valutazione oggettiva volto appunto a verificarne l'inevitabilità costituirebbe, a voler essere consequenziali, un limite di tipicità della norma che di volta in volta viene in questione*". Tuttavia, tale risultato non si coniuga con l'idea che il fatto tipico debba essere fondato su un substrato materiale. "*É dunque lo svuotamento pressoché totale del contenuto della colpevolezza che si produrrebbe con la coerente applicazione del criterio distintivo indicato che ci rende scettici circa l'adeguatezza dello spartiacque individuato con tale impostazione per discernere i limiti oggettivi della norma dalle cause di esclusione della colpevolezza e in conseguenza collocare dogmaticamente l'inesigibilità*".

²⁹⁰ L. SCARANO, *La non esigibilità*, cit., p. 63.

riguarda la delimitazione tra antigiuridicità e colpevolezza, ove il concetto di esimente è ricollegato tradizionalmente a causa di esclusione dell'antigiuridicità mentre in questa prospettiva è utilizzato in modo ambiguo con la conseguente sovrapposizione della antigiuridicità – basata sul bilanciamento a priori dei beni giuridici per delimitare l'efficacia di un obbligo – e le scusanti – nelle quali il bilanciamento viene effettuato *ex post* -.

Il sostenitore di questa impostazione risponde alle critiche evidenziando che, una volta individuata la *ratio* che governa lo stato di necessità e le altre cause di esclusione della colpevolezza nel fatto che *“l'agente non potrebbe umanamente in quelle circostanze agire altrimenti, perché, posto nella dura alternativa di dovere scegliere senza indugio fra il sacrificio del bene altrui e il pericolo della propria integrità personale, preferisce la propria salvezza al sacrificio di beni inerenti a persone, che non determinarono la situazione pericolosa”*, ossia nella non esigibilità, è possibile procedere all'applicazione analogia. In particolare, sostiene che, seppur l'art. 54 c.p. è una norma eccezionale, non si applica il divieto di analogia espresso dall'art. 14 preleggi in quanto quest'ultimo si riferisce esclusivamente alle norme incriminatrici e non a quelle di esclusione della colpevolezza che, pertanto, *“non sono eccezionali”*²⁹¹ in senso penalistico.

Stabilita la legittimità del processo analogico, ricava il criterio di misura della esigibilità non attraverso un metodo statistico bensì attraverso il riferimento al piano normativo in quanto ritiene che il potere e il *“dover essere”* si condizionano a vicenda e che il potere ha un fondamento normativo e *“non si risolve tutto da un punto di vista naturalistico nella nozione di*

²⁹¹ Sul punto l'Autore richiama anche l'illustre dottrina di G. DELITALA, *Analogia in bonam partem*, in *Studi in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, p. 517.

uomo medio ricavabile attraverso statistica ma ha un valore deontologico, frutto di una valutazione espressa nell'ordinamento giuridico dalla coscienza sociale"²⁹².

Tuttavia, neppure nel nostro ordinamento è stata svolta alcuna indagine completa al fine di individuare con certezza i criteri di concretizzazione del principio di inesigibilità.

1.1.3. *Il punto sul(le origini storiche del) principio di inesigibilità.*

L'impostazione prospettata ed elaborata dalla dottrina tedesca ed accolta da una parte degli studiosi del nostro ordinamento secondo cui l'inesigibilità è considerata quale causa ultralegale di esclusione della colpevolezza con conseguente legittimità del ricorso all'analogia *iuris* allorchè la realtà prospetti casi non espressamente disciplinati dalla legge ma rispetto ai quali possa cogliersi un'*eadem ratio* di regolamentazione²⁹³, presta il fianco a numerosi motivi di censura.

In primo luogo, difetta un fondamento normativo e manca un parametro unitario adeguato per individuare quando un determinato comportamento sia o meno esigibile.

Altro profilo critico è rappresentato dalla mancanza di un criterio per individuare quale sia il soggetto cui parametrare la condotta esigibile. Infatti, se si guarda al soggetto agente nella situazione concreta si rischia di scusare ogni azione criminosa "*cadendo in un relativismo soggettivistico in cui si eleva la personalità del soggetto a regolatrice della applicazione della legge*". Viceversa se si guarda all'uomo medio, si naviga nell'incertezza.

Particolarmente controversa appare, altresì, l'operatività del criterio della inesigibilità nell'ambito delle situazioni caratterizzate da un conflitto di doveri. Per esempio, quando in capo ad uno stesso soggetto gravano più

²⁹² L. SCARANO, *La non esigibilità*, cit., p. 85,

²⁹³ F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 365.

obblighi giuridici di pari rango con il rischio che *“l’adempimento di uno specifico dovere di condotta inevitabilmente preclude l’adempimento dell’altro”*. In tali ipotesi, secondo parte della dottrina italiana, ciò che viene meno è l’antigiuridicità del comportamento tenuto in concreto.

Controversa anche l’operatività del criterio dell’inesigibilità nei casi di conflitti motivazionali determinati da contrasti tra norme penali e norme etiche o religiose²⁹⁴.

In tema di inesigibilità, poi, risulta complesso l’inquadramento dogmatico.

La dottrina tedesca più recente, alla luce di tutti questi profili critici, respinge la teoria dell’inesigibilità come causa generale di esclusione della colpevolezza e la indica come operabile sui piani della tipicità (reati omissivi propri come si avrà modo di dimostrare nel proseguo), dell’antigiuridicità (reati omissivi impropri) e della colpevolezza solo come fondamento di specifiche scusanti espressamente previste *“o da prevedere dalla legge e come criterio di sussistenza e graduazione della colpa e di determinazione della inevitabilità dell’errore sul precetto”*²⁹⁵.

Attraverso tale prospettiva la funzione svolta dall’inesigibilità sarebbe quella di consentire l’ammissione di cause di esclusione della colpevolezza non codificate attraverso lo strumento dell’analogia *iuris*, in ogni caso in cui la punizione appaia ingiustificata.

Tuttavia, sul versante interno l’obiezione più forte formulata dalle correnti critiche e antagoniste dell’inesigibilità è quella che pone in evidenza l’indebolimento del diritto penale: *“sul piano politico-criminale l’ampiezza delle condizioni scusanti riconosciute dall’ordinamento sta in rapporto di proporzionalità*

²⁹⁴ Per un approfondimento sul punto si veda: F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 132

²⁹⁵ F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 366.

inversa con l'efficacia generalpreventiva della norma penale. Quanto più siano le possibilità di scusa che l'ordinamento offre all'imputato, tanto minore sarà l'efficace deterrente dei suoi imperativi, e tanto meno intensa sarà – conseguentemente – la tutela offerta alle potenziali vittime del reato”²⁹⁶.

Tuttavia, questa critica investe solo una faccia del problema. Come noto, nel nostro ordinamento il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost., esige che il fatto possa essere rimproverato all'agente come fatto proprio, con la conseguenza che una condanna che possa apparire agli occhi dei consociati come ingiusta finirà per suscitare un istinto di vendetta contro la società del tutto inconciliabile anche con la funzione rieducativa della pena imposta all'art. 27, comma 3, Cost.

La stessa Suprema Corte di cassazione ha affermato che *“l'inesigibilità è categoria generale del diritto penale, che discende direttamente dai precetti dell'art. 27 Cost. . Non può difatti predicarsi colpevolezza senza rimproverabilità, e la impossibilità ad adempiere al precetto, che dipende da errore incolpevole o da fatto impeditivo o da assenza di mezzi, renderebbe la punizione dell'inosservanza in concreto non compatibile con il principio di personalità della responsabilità penale e con la funzione rieducativa della pena. L'impossibilità va quindi parametrata all'obbligo imposto e alla situazione concreta rispetto alla quale occorra valutare la rimproverabilità dell'omissione”²⁹⁷.*

Purtroppo, come già evidenziato, il vero nodo decisivo dei critici e degli antagonisti della esigibilità come quarto requisito della colpevolezza è la mancanza di un criterio certo e preciso che risulta del tutto inconciliabile con il requisito della certezza del diritto. Sostengono, infatti, che l'eccessivo

²⁹⁶ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 290; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 334.

²⁹⁷ Cass., sez. I, 6 aprile 2011, n. 16513. I giudici si erano espressi in merito alla mancanza di rimproverabilità per il reato di cui all'art. 3 *bis*, L. 575/1965 consistente nell'omesso versamento della cauzione entro i termini fissati dal Tribunale.

marginale di discrezionalità lasciato al giudice con conseguente lesione anche del principio di uguaglianza comporti il rischio che tale discrezionalità nella valutazione dei presupposti della colpevolezza si trasformi in arbitrio.

Per evitare tale rischio sarebbe *“necessario che il giudice disponesse di criteri contenutisticamente pregnanti, e non meramente tautologici, sulla cui scorta compiere tale valutazione. Ma è proprio a questo compito che le varie definizioni del «quarto elemento» della colpevolezza di volta in volta proposte si rivelano, irrimediabilmente, inadeguate”*²⁹⁸.

Tutte le diverse definizioni del c.d. quarto elemento della colpevolezza non sono in grado di individuare e fornire al giudice un criterio guida che possa orientare in modo certo e prevedibile le decisioni della giurisprudenza.

In primo luogo, infatti le formule di Frank, *“anormalità delle circostanze”* prima e *“anormalità della motivazione”* poi, non chiariscono cosa significhi normalità e lo stesso concetto risulta privo di contenuto descrittivo.

Anche la *“libertà/piena signoria sul fatto”*, pur essendo concetti consolidati nella teoria dell'imputazione soggettiva, non riescono ad indicare alcun confine certo tra area della punibilità e area della non punibilità.

Inoltre, anche l'elasticità del termine esigibilità, se da un lato ha rappresentato il punto forte per la dottrina tedesca degli anni Venti che ne ha individuato lo strumento correttivo del formalismo e del rigore del diritto penale dell'epoca lontano dalla mutata sensibilità etica della società, dall'altro non è in grado di determinare con sufficiente precisione la linea di demarcazione tra colpevolezza e non colpevolezza.

Infatti, anche il criterio del *“poter agire diversamente dell'uomo medio”* presta il fianco a critiche *“le capacità di adempimento dell'uomo medio non vanno intese come limiti al dovere: la condotta dell'imputato resta illecita, e cioè contraria*

²⁹⁸ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 294.

alla norma anche se scusata, in quanto nemmeno l'uomo medio sarebbe riuscito verosimilmente a mantenersi fedele alle pretese dell'ordinamento"²⁹⁹. Inoltre lo standard dell'uomo medio quale criterio di commisurazione della capacità di adeguarsi alle pretese comportamentali dell'ordinamento risulta assai problematica in situazioni caratterizzate da estrema anomalia ove il giudice non avrebbe alcun strumento per accertare quale sarebbe stato il comportamento dell'uomo medio.

Così, l'esigibilità si rivela come criterio meramente "regolativo", vuoto di contenuto, che si risolve "in una degradazione al giudice di decidere caso per caso, sulla base di un'attenta considerazione delle circostanze concrete", con la conseguenza che non sarebbe un mero esercizio della discrezionalità bensì un vero e proprio arbitrio giudiziale.

Queste conclusioni critiche valgono, per una parte della dottrina³⁰⁰, anche per la responsabilità colposa e omissiva e per l'inammissibilità di cause scusanti sovralegali, quali il conflitto di doveri scusante, il fatto di coscienza o il principio "*nemo tenetur se detegere*"³⁰¹.

2. I rapporti tra inesigibilità e reati omissivi propri.

Analizzando i risultati dell'esperienza sia giurisprudenziale che dottrinale dei Paesi in cui l'inesigibilità è stata oggetto di approfondimento emerge che i reati omissivi e quelli colposi rappresentano il terreno più fertile

²⁹⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 297; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, p. 267.

³⁰⁰ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 364.

³⁰¹ Secondo tale impostazione critica, quest'ultimo principio, infatti, non sarebbe espressione di un principio generale, in quanto l'art. 384 c.p. è stato ben disciplinato dal legislatore che ha scelto le condotte penalmente rilevanti suscettibili di essere scusate in presenza di determinate e precise circostanze. Cfr. Cass. 22 gennaio 1992, CED 190500; Cass. 31 gennaio 1998, in *Foro it.*, 1998, II, p. 517.

per disquisizioni in ordine alla stessa inesigibilità e le ragioni di tale influenza si riscontrano nell'esegesi storica del reato omissivo.

Come emerso nei capitoli precedenti, sebbene oggi non si possa più sostenere che i fattori di espansione dei reati omissivi siano legati solo ad istanze del tutto straordinarie e contingenti e che la tutela penale dei beni giuridici viene operata di regola per il tramite dell'imposizione di divieti e solo eccezionalmente con la fissazione di comandi, è ancora attuale la circostanza per cui *“le fattispecie omissive – inwise ai criminalisti di scuola classico-liberale, che non ammettevano una delimitazione della sfera di autonomia dei privati che si spingesse fino al punto di dettare loro determinati comportamenti attivi sotto la minaccia della sanzione penale e poi invece introdotte in maggior misura negli ordinamenti giuridici di stampo totalitario – rappresentano pur sempre l'intrusione di un corpo estraneo nel sistema del diritto penale, tantè vero che la dottrina penalistica del Novecento ha dovuto impegnarsi in non poche acrobazie per ricondurle logicamente ai principi della teoria generale del reato, perdipiù dovendo riconoscere che da certi punti di vista è imprescindibile l'impostazione di un'autonomia dogmatica del reato omissivo”*³⁰².

Sufficiente partire dal fatto, già anticipato negli scorsi capitoli, che quando si crea una fattispecie commissiva il legislatore seleziona tra tutti i comportamenti possibili in una data situazione di fatto solo uno il quale viene stigmatizzato e punito. Viceversa, in presenza dei reati omissivi il legislatore impone l'obbligo di attivarsi e sceglie di assegnare i crismi della liceità solo ad una tra le condotte possibili, mentre l'astenersi da essa, ossia il porre in essere tutti gli altri comportamenti possibili comporta l'assoggettamento alla sanzione.

³⁰² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 247.

Pertanto, il fatto che si possano verificare anomalie nella situazione di fatto diventa un ostacolo rilevante quando si è tenuti a porre in essere un determinato comportamento, mentre la difficoltà è meno grave quando è ancora possibile scegliere fra più alternative e *“in fin dei conti si tratta di non tenere solo una delle condotte possibili”*³⁰³.

In più è da rimarcare lo sforzo indubbiamente maggiore richiesto ai consociati dalla fattispecie omissiva: *“quando per rispettare una norma è sufficiente non far nulla, ben più difficilmente, stante la mancanza di complessità del comportamento da tenere, nella situazione di fatto potrà presentarsi una causa di delimitazione della latitudine del dovere, per se una tale eventualità non è affatto, a priori, da escludere. Viceversa, chi deve attivarsi per adempiere ad un obbligo ha molte più occasione di mettere in gioco propri interessi, e dunque di imbattersi in situazioni limite in cui l’ordinamento può ammettere il venir meno del carattere incondizionato del dovere”*.

Un ulteriore aspetto peculiare dei reati omissivi propri che viene in rilievo è rappresentato dai casi in cui l’errore o l’ignoranza possono essere considerati inevitabili. Il carattere formale di molti dei reati omissivi propri conduce spesso, la giurisprudenza, come avremo modo di approfondire, ad allargare le maglie e ad escludere la colpevolezza in un numero di ipotesi più alto rispetto ai reati commissivi.

Inesigibilità ed errore in caso di reati a situazione tipica neutra: due ipotesi analoghe, due cause che incidono sul dovere, anche se in momenti logici differenti. L’inesigibilità intesa come escludente l’esistenza stessa del dovere imposto dalla norma di fronte all’anomalia della situazione di fatto in cui si trova il soggetto agisce sul piano della tipicità, mentre l’errore o l’ignoranza scusabile sul comando esclude il momento della colpevolezza:

³⁰³ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 248.

“«avresti dovuto agire» «ma non potevi sapere di doverlo fare, pertanto, non essendoti posto contro l’ordinamento, non meriti di essere punito»”³⁰⁴.

Nei reati omissivi, quindi, la possibilità di escludere il rimprovero di colpevolezza in presenza di “circostanze anormali concomitanti” o comunque nel caso di “inesigibilità” della condotta doverosa, sono più frequenti.

3. L’inquadramento sistematico della inesigibilità nei reati omissivi propri.

Precisato che la funzione dell’inesigibilità è quella di delimitare l’operatività di obblighi sanciti dall’ordinamento giuridico qualora vi siano situazioni caratterizzate da una sensibile anomalia, attraverso uno sguardo comparativistico emerge che, soprattutto nel caso del reato di omissione di soccorso, i legislatori hanno, talvolta, previsto espressamente clausole di inesigibilità.

Ebbene, si partirà dall’analisi di tali formulazioni per cercare di fare chiarezza circa la collocazione dell’inesigibilità nella sistematica quadripartita del reato³⁰⁵.

Tradizionalmente, infatti, il principio di inesigibilità è stato collegato con l’elemento della colpevolezza, anche se la dottrina ha evidenziato che l’incidenza dei doveri è multiforme e si può estrinsecare sia in rapporto all’integrazione della fattispecie tipica – come nel caso dell’omissione di soccorso nel codice penale tedesco ove l’inadempimento dell’obbligo costituisce la stessa condotta integratrice –, sia nell’ambito dell’antigiuridicità

³⁰⁴ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 250.

³⁰⁵ Si preferisce aderire alla sistematica quadripartita in quanto risulta essere quella che meglio risponde ad esigenze di ordine espositivo e che presenta una serie di vantaggi anche sul piano dogmatico. Si veda sul punto, tra tutti, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 1190.

– quando, per esempio, non si possa pretendere l’attivazione del soggetto che si trova nella posizione di garanzia –.

3.1. Esimente che agisce a livello di: tipicità.

L’inserimento dell’inesigibilità nella struttura del reato non può che cominciare con l’analisi della rilevanza che tale principio può rivestire nella definizione di fatto tipico.

L’inesigibilità come limite del dovere imposto dal fatto tipico previsto dalla norma incriminatrice è prevista in numerose norme di diritto straniero sia esplicitamente che implicitamente, mentre nel codice Rocco solo in alcuni casi si riesce ad individuare qualche richiamo idoneo a giustificare una delimitazione di obblighi la cui ratio può essere riferita al principio di inesigibilità.

Tuttavia, è da tenere sempre in considerazione che l’efficacia limitativa della tipicità deve essere sempre prevista almeno attraverso un dato letterale o logico per evitare una violazione del principio di certezza e di determinatezza.

Gli argomenti a favore dell’inserimento della inesigibilità nell’elemento del fatto tipico sono di natura storico e politico-criminale, mentre quelli a favore dell’inserimento nell’ambito della colpevolezza hanno un’origine più dogmatica³⁰⁶.

Infatti, se si prende come paradigma il reato di omissione di soccorso, occorre ricordare che in numerosi ordinamenti stranieri, come quello tedesco ove il delitto è stato introdotto per *“far fronte alle frequenti situazioni di pericolo create dagli incendi nei boschi”*³⁰⁷ ma la cui elaborazione ha subito l’influenza

³⁰⁶ Si veda *infra* par. 3.3.

³⁰⁷ Si vedano i riferimenti alla dottrina tedesca svolti da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 253, nota 18.

del clima culturale che vedeva il cittadino come servitore dello Stato³⁰⁸, è stata prevista anche una clausola esplicita di esigibilità dell'azione doverosa da porre in essere.

Ebbene, una volta, quindi, che la società è mutata lasciandosi alle spalle l'angusta prospettiva dell'individualismo, la dottrina si è chiesta se tale norma possa essere compatibile con una società a sfondo solidaristico e, in Germania così come nel nostro ordinamento, la risposta è stata positiva "è la tensione etico-sociale che deve fondare la solidarietà tra i cittadini a rendere opportuna la conservazione della norma, il cui scopo non è, peraltro, il rispetto del dovere come tale (cioè la garanzia della fedeltà del suddito) ma la tutela di importanti beni giuridici come la vita e l'incolumità personale, messi sempre più frequentemente in pericolo a causa di fenomeni dirompenti come quello rappresentato dal traffico stradale"³⁰⁹.

Al fine di adeguare la norma al nuovo clima culturale è stata inserita la clausola di inesigibilità la quale svolgeva e svolge la funzione di delimitare il dovere di solidarietà sociale nel nuovo ordinamento democratico e mantenere l'omissione di soccorso legata alla garanzia dei diritti fondamentali della persona senza violare il principio secondo cui il diritto penale deve mirare alla protezione dei beni giuridici.

Se è vero che la clausola serve a rendere accettabile l'imposizione di un dovere altrimenti insopportabilmente esteso, la sua natura è regolativa, agisce già a livello di costruzione della fattispecie: tipica non può essere qualsiasi omissione di soccorso, ma solo quella che ha per presupposto una situazione in concreto in cui si poteva ragionevolmente chiedere al soggetto di porre in essere un determinato comportamento.

³⁰⁸ Come già meglio argomentato, l'introduzione di un reato che si propone di provocare una svolta nella coscienza sociale altro non è che l'espressione di un diritto penale promozionale, educativo.

³⁰⁹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 255.

Critiche a tale impostazione sono state mosse con riferimento al fatto che, valutando fattori di norma incidenti sull'antigiuridicità oppure sulla colpevolezza già a livello di fattispecie tipica si creerebbe una difficoltà nell'individuare la linea di demarcazione tra gli elementi del reato del fatto e della colpevolezza. Tuttavia, i sostenitori della esigibilità quale elemento della fatto tipico sostengono che *“l'esigenza di razionalizzazione che si esprime nella concezione tripartita del reato può avere una certa importanza sul piano della sistematica dogmatica, ma come ogni funzione sistematica non ha valore assoluto ed è bisognosa di una costante legittimazione”*³¹⁰.

Secondo tale interpretazione, l'esigibilità è espressione della funzione di delimitazione dell'obbligo di intervento già a livello di fattispecie tipica.

Le conseguenze in tema di errore sull'esigibilità danno conferma a tale soluzione, in quanto l'errore su di essa – essendo un elemento del fatto tipico – altro non è che un errore sul fatto e, pertanto, escludente il dolo, quando il soggetto ritiene di essere di fronte proprio a una di quelle circostanze di fatto nelle quali la condotta attiva sarebbe da considerare inesigibile, mentre rimane un errore di diritto quando il soggetto si rende conto di essere in una situazione in cui il soccorso è esigibile ma ritiene, errando, di non dovere intervenire in quanto non vi sia in capo a lui un dovere in tal senso. In quest'ultimo caso la punibilità o meno dell'omissione dipenderà dall'ordinario processo di valutazione circa l'evitabilità dell'errore³¹¹.

Anche nei casi di dubbio l'errore non deve essere accollato all'omittente in quanto si sostiene che se il legislatore non è stato in grado di individuare con precisione il fatto tipico, allora non si deve punire il soggetto, per evitare la violazione del principio della certezza del diritto.

³¹⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 260.

³¹¹ IBIDEM, p. 263.

Anche nei paesi di *common law*, saldamente ancorati ad una visione individualistico-utilitaristica ma che si stanno comunque aprendo alla previsione di obblighi di agire giuridicamente rilevanti, viene previsto un dovere giuridico delimitato, circoscritto alle ipotesi esigibili, con la conseguenza che l'esigibilità finisce per divenire il punto di incontro tra le concezioni marcatamente solidaristiche e quelle più spiccatamente individualistiche.

Viceversa, nel nostro ordinamento il legislatore non ha previsto alcuna clausola espressa di inesigibilità nel delitto di omissione di soccorso.

Anche se si può però porre l'attenzione sulla contravvenzione prevista all'art. 731 c.p.³¹² ove l'omissione, così e come nell'abrogata fattispecie di cui all'art. 732³¹³ c.p., soggiace al presupposto di non essere dovuta per un giusto motivo.

La dottrina si è interrogata circa l'incidenza dogmatica del giusto motivo e si sono sviluppate due tendenze. L'una, sottoposta a ferme critiche stante la sua spiegazione confusa ed irrazionale, sostiene dapprima che si tratti di una causa di esclusione della antigiuridicità, salvo poi argomentarla come se fosse un elemento che va ad incidere anche sulla tipicità³¹⁴: *“trattasi di elemento caratterizzante l'antigiuridicità nel senso che quando concorre il giusto motivo dal punto di vista logico ed astratto può affermarsi che l'omissione non c'è stata in quanto la mancata istruzione fu dovuto a speciali contingenze che rendono inefficienti l'attività o la volontà diretta ad istruire o ad avviare”*.

³¹² L'articolo prevede: *“Chiunque, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra un minore, omette, senza giusto motivo, di impartirgli o di fargli impartire l'istruzione elementare è punito con l'ammenda fino a euro 30”*.

³¹³ Contravvenzione abrogata dall'art. 18 della L. 25.6.1999, n. 205.

³¹⁴ G. SABATINI, *Le contravvenzioni del codice penale vigente*, Milano, 1961, 577.

L'altra che considera il giusto motivo come un elemento normativo della fattispecie³¹⁵.

La soluzione della questione a livello dogmatico comporta, ovviamente, conclusioni diverse in quanto *“se si ammette che assenza di un giusto motivo è elemento delle fattispecie allora si tratta di un fattore di delimitazione dell'obbligo di avviamento, il cui adempimento va considerato non già lecito per il venir meno dell'antigiuridicità, bensì non conforme al tipo perché il legislatore ha costruito una fattispecie che riguarda solo le omissioni esigibili”*³¹⁶, viceversa se si ritiene che il giusto motivo sia causa di esclusione dell'antigiuridicità si sarà in presenza di un fatto tipico scriminato.

Analoghe perplessità sorgono anche in relazione al reato di cui all'art. 328 c.p. ove viene inserito l'avverbio *“indebitamente”* come sinonimo, secondo la Relazione del Re al Guardasigilli, di *“senza legittimo motivo”*.

La dottrina, tradizionalmente, aveva considerato tale elemento come facente parte della colpevolezza³¹⁷, salvo poi mutare prospettiva in concomitanza con l'emersione di un diverso bene giuridico tutelato³¹⁸ dalla norma e sostenere che l'avverbio *“indebitamente”* svolge una funzione autonoma nell'ambito del fatto tipico come delimitazione degli estremi della condotta antidoverosa³¹⁹.

Discordanze anche sulla collocazione della *“giusta causa”* richiamata nel reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570 c.p. tra chi sostiene rappresenti una scusante, chi una scriminate e chi è

³¹⁵ O. MAZZA, *Significato della locuzione «senza giusto motivo» nell'incriminazione dell'inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori*, in *Giur. Cost.*, 1976, p. 616.

³¹⁶ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 288.

³¹⁷ TAGLIARINI, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, p. 78 ss.

³¹⁸ Secondo la dottrina più recente e la giurisprudenza, infatti, il bene giuridico tutelato dall'art. 328 c.p. non sarebbe più esclusivamente la formale emanazione del provvedimento ma l'interesse sostanziale all'emanazione di un atto funzionale al buon andamento della PA. Cfr. A. M. Stile, *Omissione, rifiuto e ritardo in atti di ufficio*, Napoli, 1974, p. 155.

³¹⁹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 197.

favorevole ad una interpretazione teleologica della norma secondo la quale il termine “abbandono” avrebbe senso solo se inteso come “abbandono ingiusto”³²⁰.

In tal senso, si sostiene che *“richiedendo l’abbandono del domicilio come modalità di condotta la violazione degli obblighi di assistenza domiciliare, il legislatore ha voluto porre un limite implicito di inesigibilità nella stessa fattispecie, in quanto ha sostanzialmente indicato come integrative del tipo quelle sole condotte di violazione tenute sul presupposto di un allontanamento non giustificato dall’inesigibilità della permanenza nel domicilio”*³²¹.

In conclusione, i sostenitori dell’inesigibilità quale elemento costitutivo del fatto tipico, ritengono che questa operi come *“limite alla pretesa normativa ogniqualvolta il legislatore vi faccia riferimento espresso o implicito nella formulazione dell’obbligo o del divieto”*: il che avverrebbe, ad esempio, nelle norme che incriminano la commissione «senza necessità» ovvero «senza giustificato motivo» di determinate condotte.

3.2. (segue): antiggiuridicità.

Pur se in alcuni casi si è manifestata una difficoltà ad individuare uno scrimine netto tra il momento in cui viene valutato se un dato comportamento tipico è o meno permesso perché è o meno *secondum jus* e quello in cui si valuta se esso è o meno permesso in quanto sia o non sia da

³²⁰ In giurisprudenza: Cass., 16 febbraio 1966, Gioia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1288, secondo cui *“nel caso di abbandono del domicilio coniugale, l’accertata esistenza di una giusta causa di allontanamento del coniuge, facendo cessare gli obblighi di assistenza penalmente sanzionati dall’art. 570, comma 1, c.p., esclude l’elemento materiale del delitto previsto dalla stessa norma, ed impone pertanto l’assoluzione dell’imputato «perché il fatto non sussiste»”*.

³²¹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 294 e nota n. 115.

considerare *contra jus* ³²², il criterio guida generale è quello per il quale non c'è antigiuridicità *“se la condotta è approvata dall'ordinamento giuridico”*³²³.

Sul fondamento politico-sostanziale delle scriminanti si sono sviluppate numerose teorie tra le quali la dottrina maggioritaria ha ormai accolto quella c.d. pluralistica³²⁴ che richiama i principi dell'interesse prevalente e dell'interesse mancante o equivalente³²⁵.

Sono i reati omissivi impropri, caratterizzati dalla presenza, tra gli elementi del fatto tipico, della posizione di garanzia, ad aver rappresentato il terreno ove, in particolare la dottrina tedesca, si è presentata maggiormente disposta a riconoscere un ruolo al principio di inesigibilità. Si è sostenuto, infatti, che *“è la contrarietà all'obbligo giuridico a connotare la condotta già tipica (cioè tenuta in presenza della situazione di garanzia) del requisito di antigiuridicità”*³²⁶ nell'ipotesi dei reati omissivi impropri e, quindi, *“l'obbligo giuridico di impedire l'evento è la conseguenza della situazione di garanzia ed il presupposto esterno dell'antigiuridicità”*.

Se, quindi, per i reati omissivi propri è più corretto aderire alla tesi che vede nella inesigibilità la mancanza della tipicità del reato stesso in quanto il limite è insito nella costruzione del tipo legale, nel caso dei reati omissivi impropri, ove il punto di contatto tra l'omissione e l'azione tipica non posta in essere avviene per il tramite della sussistenza della posizione di garanzia l'inesigibilità *“non può giocare alcun ruolo costituendo essa sul piano concettuale soltanto il limite di un dovere giuridicamente imposto”*³²⁷. Attraverso tale

³²² Esempio emblematico è rappresentato dalle diabitre dottrinali riguardanti gli artt. 384 e 54 c.p. : si veda *infra*, par. 3.3.2.

³²³ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 239.

³²⁴ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 674.

³²⁵ Al modello si contrappone quello di tipo monistico, che riconduce tutte le cause di giustificazione ad un unico principio.

³²⁶ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 311.

³²⁷ *IBIDEM*, p. 314.

impostazione l'inesigibilità non incide direttamente sul comando bensì su di un obbligo giuridico il cui mancato rispetto contribuisce ad integrare un diverso elemento del reato, ovvero l'antigiuridicità del fatto tipico, quest'ultimo già integratosi perché l'obbligo primario è di per sé incondizionato.

Ebbene, aderendo a tale impostazione e concependo l'antigiuridicità come sede di bilanciamento tra valori, la situazione di garanzia – appartenente al fatto tipico – definisce il substrato dell'obbligo giuridico il cui mancato rispetto può dipendere anche da una situazione di conflitto in cui il soggetto garante viene a trovarsi.

3.3. (segue): colpevolezza.

Come già anticipato, una parte della dottrina concepisce la colpevolezza come comprensiva di quattro elementi: imputabilità, dolo o colpa, conoscenza o conoscibilità della norma penale violata e, infine, "normalità delle circostanze" in cui ha agito il soggetto agente.

Quest'ultimo elemento, in particolare, viene considerato da Alcuni come oggetto di accertamento positivo mentre dalla dottrina oggi prevalente come oggetto di accertamento negativo della stessa colpevolezza.

Comunque intesa, la rinuncia al rimprovero di colpevolezza è connessa, in questi casi, ad un turbamento motivazionale dell'agente e opera su un piano volitivo piuttosto che su quello intellettuale.

All'interno dell'elemento della colpevolezza, l'inesigibilità è stata ora intesa come criterio di individuazione dell'evitabilità o inevitabilità dell'errore sul divieto o sul comando e ora come regolativo del dovere di cautela su cui si basa l'imputazione per colpa³²⁸.

³²⁸ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 320.

Per quanto riguarda la prima opzione, una parte della dottrina ha ritenuto che l'inesigibilità possa rappresentare un principio regolativo idoneo a graduare od escludere l'evitabilità dell'errore al fine di individuare quando, soprattutto nelle fattispecie artificiali o a struttura tipica neutra, lo sforzo compiuto dal soggetto agente per rappresentarsi i valori dell'ordinamento e formare la propria convinzione sull'agire o meno sia sufficiente ad escludere la colpevolezza o meno.

Mentre sul versante della colpa, l'esigibilità sembra trovare un proprio spazio operativo in quanto proprio le fattispecie colpose caratterizzate dall'impegno che viene richiesto ai soggetti che si trovano in determinate situazioni per evitare di realizzare il fatto di reato rappresentano, come l'omissione, settori ove vige una particolare indulgenza da parte dell'ordinamento verso l'autore del fatto, nei confronti del quale, quindi, sarebbe più "facilmente" perdonabile una dimostrazione di umana debolezza³²⁹.

Infatti, le conclusioni cui è giunta la dottrina maggioritaria in merito alla c.d. doppia misura della colpa³³⁰ fanno sì che l'esigibilità svolga, nell'ambito delle fattispecie colpose, due funzioni, l'una qualitativa che contribuisce a distinguere le condotte che si possono definire colpose da quelle che non comportano responsabilità penale, e l'altra quantitativa, che incide sulla misura in concreto della pena.

Tuttavia, la dottrina tedesca maggiormente seguita anche in Italia ha prospettato l'inesigibilità del comportamento conforme al dovere come scusante extralegale idonea ad avvicinare al diritto penale i nuovi valori

³²⁹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 327, nota 18.

³³⁰ Distinzione pacifica in Germania ma accolta anche nel nostro ordinamento: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 306, M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 393, F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, 303, secondo i quali la violazione oggettiva della regola di diligenza appartiene sia al fatto sia alla colpevolezza quale capacità del soggetto in quella situazione concreta di rispettare la regola della condotta.

emergenti nella società : *“se l'imputazione a titolo di dolo riposa sulla possibilità dell'ordinamento di pretendere l'astensione da determinate azioni od omissioni, se l'imputazione a titolo di colpa o ad altro titolo che tragga base dalla causazione colpevole di un fatto non voluto riposa esclusivamente sul duplice requisito della prevedibilità e della evitabilità, se dunque la colpevolezza è in ogni sua forma esigibilità di un comportamento diverso non si riesce a comprendere come un comportamento in concreto inesigibile possa essere considerato colpevole e fonte di punizione”*³³¹.

Tuttavia, sono state numerose le critiche mosse a tale impostazione, soprattutto in virtù della incerta natura giuridica dello stato di necessità ex art. 54 c.p. e della impossibilità di utilizzare lo strumento dell'analogia.

3.3.1. *La inesigibilità come causa generale di esclusione della colpevolezza e ratio delle scusanti codificate.*

Partendo dal presupposto che la colpevolezza, normativamente intesa richiederebbe che la volontà si formi in “circostanze concomitanti normali” tali da consentire una normale motivazione e solo in presenza delle quali l'ordinamento potrebbe “esigere” che l'agente si comporti conformemente alla norma, si è cercato di “collocare sotto un genus comune una serie di scusanti codificate che presenterebbero una identica ratio, quale lo stato di necessità, la non punibilità di alcuni reati contro l'amministrazione della giustizia se commessi per salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocumento (art. 384 c.p.), la forza maggiore, il caso fortuito, il costringimento fisico”³³².

Un'ulteriore finalità perseguita dai sostenitori dell'inesigibilità quale causa generale di esclusione della colpevolezza è quella di poter ammettere, attraverso l'analogia *juris*, cause di esclusione della colpevolezza non

³³¹ G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, 1988, p. 21.

³³² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 366.

codificate in ipotesi in cui, secondo il senso comune, la punizione sarebbe ingiustificata.

Tuttavia, tale interpretazione si è prestata a numerose critiche.

In primo luogo se si ammette che in determinate circostanze non esiste il dovere di tenere una certa condotta significa che quella condotta non è antidoverosa e che l'inesigibilità costituirebbe una scriminante e non una scusante.

In particolare, l'esigibilità così intesa non potrebbe costituire la *ratio* fondante dello stato di necessità, in quanto in dottrina è controversa la natura giuridica di tale esimente.

Inoltre, il grave vizio del configurare la inesigibilità come causa generale di esclusione della colpevolezza, al di fuori delle ipotesi codificate o significa riferirsi solo alle ipotesi colpose, ove è ovvio che per aversi colpa sia necessaria l'esigibilità di un comportamento diverso, oppure significa "attingere la scusa da fonti materiali del diritto" con violazione dei principi di certezza e legalità in quanto manca un adeguato parametro alla cui stregua commisurare l'inesigibilità della condotta³³³.

3.3.2. *L'incerta natura dello stato di necessità.*

In dottrina si sono da sempre manifestate difficoltà a ricondurre "la proteiforme materia dello stato di necessità – autentico microcosmo del diritto – ad un punto di vista unitario"³³⁴.

L'alternativa fondamentale è, infatti, tra coloro che concepiscono lo stato di necessità come espressione del bilanciamento di interessi (scriminante) e coloro i quali percepiscono lo stato di necessità come espressione del principio di inesigibilità (scusante).

³³³ F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 367.

³³⁴ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 117.

La costruzione attorno ad uno o all'altro principio è "*gravida di conseguenze*"³³⁵.

Nell'ordinamento tedesco, durante il periodo del nazionalsocialismo, la dottrina aveva optato per la contemporanea esistenza di due stati di necessità: uno previsto solo parzialmente dal legislatore e riconosciuto prevalentemente dalla giurisprudenza avente natura di causa di giustificazione in quanto basato sulla logica dell'interesse prevalente, l'altro, positivizzato, ritenuto una scusante³³⁶.

Sul versante interno, il codice Zanardelli ha disciplinato espressamente lo stato di necessità all'art. 49, n. 3³³⁷ collocandolo immediatamente dopo una serie di norme dedicate ai criteri di imputazione soggettiva, all'infermità mentale, all'ubriachezza e facendo esplicito riferimento allo stato di costrizione senza alcun richiamo ad un rapporto di valore tra il bene sacrificato e quello salvaguardato.

La tecnica e la collocazione utilizzata dal legislatore del 1889 evidenziano come lo stesso non avesse inteso discostarsi dalla dottrina tradizionale che vedeva nello stato di necessità una scusante che incideva sulla possibilità di imputare soggettivamente il fatto al suo Autore.

Anche il legislatore del 1930 riproduce sostanzialmente all'art. 54 c.p. la vecchia norma del codice Zanardelli, sebbene inserisce il nuovo requisito della "proporzione" tra fatto e pericolo nonché l'esplicita previsione della non applicabilità dell'esimente a coloro i quali abbiano il dovere di esporsi al pericolo e, viceversa, della sua applicabilità allorchè il pericolo derivi dalla minaccia altrui.

³³⁵ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 35.

³³⁶ Per approfondimento sul tema: F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit. p. 92.

³³⁷ Era sancita la non punibilità di colui che avesse commesso il fatto "*per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri da un pericolo grave ed imminente alla persona, al quale non aveva dato volontariamente causa e che non si poteva altrimenti evitare*".

Ecco, quindi, che anche la dottrina coeva non si discosta dall'idea che in presenza dello stato di necessità ciò che viene meno è la possibilità di muovere un rimprovero di colpevolezza, in considerazione dell'anormalità della motivazione dell'agente, pur permanendo l'illiceità obiettiva del fatto.

Viceversa, le teorie "oggettivistiche" dello stato di necessità hanno cominciato a prendere piede in dottrina e ad imporsi come prevalenti, intorno alle metà degli anni sessanta³³⁸. Uno degli argomenti più forti di questa teoria è rappresentato dall'estensione dell'art. 54 c.p. al c.d. "soccorso di necessità": *"un turbamento del processo motivazionale dell'agente, su cui fondare la rinuncia alla pena, potrebbe ragionevolmente presumersi soltanto ove il terzo in pericolo sia un parente, un amico, o comunque una persona affettivamente legata all'agente; non già ove il terzo sia una persona a lui estranea"*³³⁹.

Si assiste, così, ad un periodo in cui la tesi del fondamento oggettivo della scriminante comincia a farsi breccia nell'opinione dottrinale.

Anche nel nostro ordinamento nasce, così, una corrente che riconosce una duplice natura allo stato di necessità: causa di giustificazione quando il bene salvaguardato sia di maggiore valore rispetto a quello sacrificato, e scusante nell'ipotesi in cui vi è equivalenza tra i due beni³⁴⁰.

Un'altra parte della dottrina distingue tra le ipotesi previste ai primi due commi dell'art. 54 aventi valenza giustificante in quanto danno rilievo alla funzione di comparazione oggettiva degli interessi in gioco e quella prevista al terzo comma che altro non può essere che una scusante in quanto la sua *ratio* riposa sull'inesigibilità di una condotta diversa da quella appunto scusata³⁴¹.

³³⁸ A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, p. 97; C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, p. 254.

³³⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 127 che richiama MOLARI, *Profili*, cit., p. 99.

³⁴⁰ C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, 1993, p. 338.

³⁴¹ T. PADOVANI, *Diritto penale*, V ed., 1999, p. 222; M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 540.

In conclusione, quindi, lo stato di necessità, così e come formulato, rappresenta un istituto ibrido in bilico tra principio oggettivo del male minore e principio soggettivo della “*commiserazione per la fragilità umana*”³⁴².

4. Le tendenze della giurisprudenza italiana in tema di inesigibilità nei reati omissivi propri: in particolare nei reati tributari.

Il corretto accertamento del dolo nelle fattispecie previste in materia di diritto penale tributario, in particolare nei reati in cui è previsto il solo dolo generico come nelle ipotesi di omesso versamento ritenute dovute e certificate e omesso versamento IVA appare, soprattutto negli ultimi anni, particolarmente delicato.

In numerose occasioni, infatti, il soggetto attivo invoca la “*crisi di liquidità*” quale motivo per giustificare le proprie omissioni, con la conseguenza che nelle ipotesi caratterizzate dalla c.d. necessità economica è tornata ad affacciarsi l’ottica soggettiva dell’inesigibilità, tanto che si è sostenuto che “*altro è affermare in via generale che è lecito al povero rubare al ricco, ovvero che è lecito al senzatetto occupare case sfitte; altro è vagliare caso per caso situazioni di grave disagio e sofferenza individuali, rinunciando alla pena nei confronti di singoli imputati considerati meritevoli di umana commiserazione*”³⁴³.

La domanda a cui negli anni si sono trovati a dare risposta i Tribunali è, quindi, se nelle ipotesi in cui il sostituto di imposta non riesca a reperire i fondi necessari al versamento delle ritenute o dell’IVA entro i termini fissati dagli artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2000 e si venga, così, a trovare nell’oggettiva impossibilità di adempiere a causa del suo stato di insolvenza, possano dirsi integrati i delitti previsti dal d.lgs. 74/2000.

³⁴² F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 132.

³⁴³ *IBIDEM.*, p. 35.

Ebbene, sotto la vigenza della legge n. 516/1982 si era formato un rigoroso orientamento giurisprudenziale di legittimità³⁴⁴ che riteneva che la “crisi di liquidità” fosse del tutto inidonea sia ad escludere sia l’elemento oggettivo del fatto – ossia la possibilità di agire intesa come presupposto della condotta omissiva – sia l’elemento soggettivo dei reati di omesso versamento a fini fiscali o previdenziali, sulla base del fatto che al sostituto di imposta grava l’onere di *“ripartire le risorse esistenti all’atto della corresponsione dei compensi al sostituto, in modo da poter adempiere all’obbligo di versamento, anche se ciò possa riflettersi sull’integrale pagamento dei compensi”*³⁴⁵.

Lasciando, per ora, da parte i profili critici che solleva tale prospettiva – parte della dottrina ha, infatti, evidenziato la confusione tra il rimprovero a titolo di colpa per una condotta precedente e la diversa e successiva condotta oggetto del delitto di omesso versamento –, si evidenzia la netta chiusura della giurisprudenza di fronte alle difficoltà economiche subite dall’imprenditore, ad eccezione di qualche rara pronuncia di merito³⁴⁶. Questo rigido orientamento sembra non essere mutato con l’entrata in vigore degli artt. 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs 74/2000 in quanto si è continuato a sostenere che *“siccome il debito verso il Fisco è collegato agli emolumenti dei propri collaboratori o dipendenti, ogni qualvolta il sostituto di imposta effettua tali*

³⁴⁴ Si veda, tra le tante, Cass., sez. III, 18 gennaio 1995, n. 1447, in *Cass. pen.*, 1996, p. 313; Cass., sez. III, 24 marzo 1999, n. 1178, in *Riv. pen.*, 1999, p. 881.

³⁴⁵ Cass., sez. III, 5 luglio 2001, n. 33945, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3207.

³⁴⁶ Per esempio: Gip presso Trib. Catanzaro, 19 dicembre 1990, Carrozza, in *Giust. pen.*, 1992, II, p. 95, che ha indicato che *“per il principio della inesigibilità, non costituisce reato, per difetto dell’elemento psicologico del dolo, il comportamento del sostituto di imposta che, dopo aver regolarmente praticato la ritenuta d’acconto al percettore del reddito, per mancanza assoluta di mezzi economici, non provveda al relativo versamento”*; Trib. Larino, 28 settembre 1988, N., in *Il Fisco*, 1989, p. 1756; Corte App. Trento, 27 febbraio 1987, Gerstl, in *Giur. Merito*, 1987, p. 1280, con nota di DI FRANCIA, in *Il Fisco*, 1988, p. 1210.

*erogazioni sorge a suo carico l'obbligo di accantonare le somme dovute, organizzando le risorse disponibili in modo da poter far fronte all'obbligazione tributaria*³⁴⁷.

Le giustificazioni che vengono addotte nei numerosi casi portati all'attenzione dei Giudici di legittimità hanno ad oggetto per lo più: l'aver privilegiato il pagamento delle retribuzioni dei lavoratori onde evitare dei licenziamenti³⁴⁸; l'aver pagato i debiti nei confronti dei fornitori al fine di evitare il fallimento della società³⁴⁹; la mancata riscossione di crediti vantati e documentati, molto spesso nei confronti della stessa Pubblica Amministrazione³⁵⁰.

Secondo l'indirizzo maggioritario queste situazioni, seppur provate, non possono essere tali da integrare una causa di non punibilità né tantomeno lo stato di necessità ex art. 54 c.p., come talvolta le difese hanno cercato di invocare. Secondo l'esimente dello stato di necessità, infatti, i beni tutelati sono solo beni *"moralì e materiali che costituiscono l'essenza stessa dell'essere umano, come la vita, l'integrità fisica (comprensiva del diritto alla salute), la libertà morale e sessuale, il nome, l'onere, ma non quei beni che, pur essendo costituzionalmente rilevanti, contribuiscono al suo completamento e sviluppo"*³⁵¹.

Così, seppur il diritto al lavoro trova tutela e fondamento costituzionale, la giurisprudenza esclude che la sua perdita possa costituire

³⁴⁷ AA.VV., *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. 158/2015*, a cura di C. NOCERINO E S. PUTINATI, Torino, 2015, p. 196; in giurisprudenza: Cass., sez. III, 14 maggio 2014, n. 23532; Cass., sez. III, 23 giugno 2015, n. 31930, in *Dir. e giust.*, 2015. Nel merito cfr. Trib. Roma, 7 maggio 2013, in *Dir. Pen. Cont.*, 7 ottobre 2013, con nota di G.L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente ed omesso versamento di ritenute certificate e di Iva (artt. 10 bis e 10 ter d.lgs. 74/2000)*.

³⁴⁸ Cass., sez. III, 12 febbraio 2015 (dep. 18 marzo 2015), n. 11353, con nota di A. VALSECCHI, *La Cassazione conferma la (tendenziale) irrilevanza dell'impossibilità ad adempiere rispetto alla consumazione del delitto di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 aprile 2015.

³⁴⁹ Cass., sez. III, 13 maggio 2014, n. 19574.

³⁵⁰ Cass., sez. III, 11 novembre 2014, n. 52038.

³⁵¹ AA.VV., *La riforma dei reati tributari*, cit., p. 197.

un danno grave alla persona rilevante ai sensi dell'art. 54 c.p.³⁵² con la conseguenza che in caso di situazione finanziaria precaria il sostituto, anche a costo di sacrificare la altrui prospettive di reddito, deve ripartire le risorse in modo da non violare il precetto penale³⁵³.

Analogamente, la necessità di evitare il fallimento non è sufficiente ad escludere la punibilità³⁵⁴, tanto che si è affermato che *“anche il sopravvenuto fallimento dell'agente non è sufficiente a scriminare il precedente omesso versamento delle ritenute, essendo obbligo del sostituto d'imposta quello di ripartire le risorse esistenti all'atto della corresponsione delle retribuzioni in modo da poter adempiere al proprio obbligo tributario”*³⁵⁵.

Così come anche il vantare crediti verso i terzi che non si sia riusciti ad incassare, sebbene il debitore sia lo Stato o altro Ente pubblico, non pare rilevare in quanto la giurisprudenza sostiene che la legge già disciplina in modo tassativo i casi in cui può procedersi a compensazione del debito tributario e, al di fuori di queste ipotesi, il mancato pagamento rientra nel *“normale rischio di impresa”* di tipo privatistico che non può certo elidere l'obbligazione di natura pubblicistica che ha verso l'Erario³⁵⁶.

Secondo tale impostazione sussiste, in queste ipotesi, il dolo generico in quanto il mancato versamento trova la sua origine non *“già in una situazione sopravvenuta alla quale il contribuente non possa porre rimedio, ma al suo volontario mancato adempimento al dovere di accantonare, immediatamente, le*

³⁵² Cass., sez. I, 23 gennaio 1997, n. 4323, in CED Cass. pen., 1997, Rv 207434; Cass., sez. III, 11 novembre 2014, n. 52038.

³⁵³ Cass., sez. III, 2 febbraio 1996 (dep. 28 marzo 1996), n. 487, in *Rass. Trib.*, 1997, p. 251, con nota di C. SANTORO.

³⁵⁴ Oltre alla giurisprudenza di legittimità, si è espressa in tali termini anche quella di merito: Trib. Camerino, 2 luglio 2013, in *Riv. pen.*, 2013, p. 1261; Trib. Chieti, 2 agosto 2011, n. 211.

³⁵⁵ G. L. SOANA, *I reati tributari*, II ed., Milano, 2009, p. 296 e la giurisprudenza ivi citata. Cass., sez. III, 18 giugno 1999, Tirittico, in CED, rv. 215518; Cass., sez. III, 24 marzo 1999, Innella, in *Riv. pen.* 1999, p. 881; Cass., sez. III, 12 novembre 1990, Rapisarda, in *Giur. Imp.*, 1991, p. 258.

³⁵⁶ Cass., sez. III, 14 maggio 2014, n. 23532.

somme ritenute (allorchè si versa il dovuto al lavoratore o comunque al prestatore di opera) per, poi, versarle all'Erario o, comunque, alla successiva distrazione ad altre finalità delle somme, in precedenza, correttamente accantonate"³⁵⁷.

Tuttavia l'orientamento che basa l'affermazione della responsabilità penale sulla sussistenza di un obbligo implicito di corretta gestione delle risorse parrebbe in violazione con l'art. 27 Cost. in quanto "un giudizio fondato sulla imprudente gestione delle proprie risorse, infatti, rileverebbe tratti ontologicamente colposi, certamente inadeguati a fondare quel rimprovero doloso essenziale a fondare la responsabilità per il delitto in esame"³⁵⁸.

Inoltre, appare chiaro che, ancora una volta, di fronte alla difficoltà di accertamento del dolo nei reati omissivi propri, la giurisprudenza più rigida, in violazione delle norme costituzionali e del principio di legalità³⁵⁹ preferisca focalizzarsi sul comportamento tenuto dal sostituto d'imposta prima del termine per il versamento, rimproverando a quest'ultimo di non aver previsto per tempo la futura incapacità di adempiere all'obbligo previsto dalla normativa tributario o, comune, di non aver tenuto un comportamento idonea a scongiurare l'inadempimento: "se il contribuente prevede che non disporrà di risorse sufficienti entro il termine ultimo per il versamento, o ricorre al prestito, o deve ripartire le proprie riserve in modo da soddisfare in proporzione i fornitori e l'erario. Nel caso dell'IVA, poi, la giurisprudenza ritiene senz'altro non «giustificabile» il contribuente che, invece di versare periodicamente all'erario le somme incassate, o di accantonarle in vista del successivo versamento, se ne serva come forma di «autofinanziamento»"³⁶⁰.

³⁵⁷ G.L. SOANA, *I reati tributari*, cit., p. 295.

³⁵⁸ G. MARINI, *L'evasione da riscossione nei reati tributari*, in *Libro dell'Anno Treccani*, 2014, p. 620.

³⁵⁹ Se il legislatore avesse voluto offrire una tutela più ampia alle pretese erariali dello Stato, avrebbe dovuto prevedere una parallela fattispecie colposa o prevedere il reato come contravvenzione.

³⁶⁰ A. VALSECCHI, *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA*, cit., p. 9.

Tuttavia, attraverso questa prospettiva, si giunge ad applicare norme che incriminano omissioni dolose ad un soggetto al quale si può, al più, muovere un rimprovero di colpa.

Ebbene, una simile soluzione interpretativa si pone in violazione del principio di legalità, dal momento che si punisce un fatto non previsto dalla legge come reato.

Per evitare tale deviazione, sarebbe necessario quantomeno rintracciare il dolo eventuale nel soggetto omissivo, come sembra aver fatto il Tribunale di Roma in una pronuncia nella quale, sebbene senza mai espressamente evocare il “dolo eventuale”, si rileva e valorizza la circostanza per la quale l’omissione era scaturita da un rischio previsto o, quantomeno, accettato dal contribuente dal momento che, nel caso specifico, le operazioni immobiliari che avevano portato al dissesto della società e, pertanto, alla crisi di liquidità, *“seppur dipese dalla intenzione di superare contingenti difficoltà economiche, sono state programmate, organizzate, volute realizzate dall’imputato, anche a rischio di non pagare le imposte”*³⁶¹.

4.1. Aperture.

A fronte delle frizioni del tradizionale orientamento che considera irrilevante l’allegata impossibilità del contribuente di adempiere il proprio debito tributario in sede di accertamento della responsabilità penale per i delitti di cui agli artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/00 con alcuni principi costituzionali quali quello di legalità, personalità della responsabilità penale e prevedibilità della sanzione, una parte della giurisprudenza più moderna ha compiuto alcuni sforzi esegetici al fine di aprire una prospettiva in grado

³⁶¹ Trib. Roma, 7 maggio 2013, in *Dir. Pen. Cont.*, 7 ottobre 2013.

di mandare esenti da pena soggetti che si siano trovati in particolari situazioni di crisi di liquidità.

Nella giurisprudenza di merito prima e in quella di legittima poi, per dare voce ad istanze di giustizia sostanziale e a fronte della pressante e grave crisi economica che investe il settore imprenditoriale e la crescita a dismisura dei procedimenti penali per i reati di omesso versamento di ritenute certificate e di IVA, si sono formati diversi orientamenti accumulati dall'esito assolutorio in presenza di determinate gravi ipotesi di illiquidità finanziaria.

Alcuni giudici hanno aperto uno spiraglio prevedendo che il soggetto possa invocare l'assoluta impossibilità di adempiere al debito di imposta, quale causa di esclusione della responsabilità penale, alla sola condizione che *“provveda ad assolvere gli oneri di allegazione concernenti sia il profilo della non imputabilità a lui medesimo della crisi economica che lo ha investito, sia l'aspetto della impossibilità di fronteggiare la crisi tramite il ricorso a misure idonee da valutarsi in concreto”*³⁶².

Infatti, in alcuni casi risulta molto difficile esprimere un giudizio di rimproverabilità allorché il soggetto attivo adduca *“l'impossibilità al pagamento per aver dovuto fronteggiare una grave crisi aziendale durata alcuni anni, provvedendo ad adeguare gli impianti per poter continuare l'attività, a rispettare accordi sindacali quanto alla rateizzazione degli arretrati da corrispondere ai dipendenti ed ad adempiere al pagamento delle retribuzioni degli stessi, magari rispettando la scadenza di altri adempimenti di natura pubblicistica come il versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali oppure ricorrendo, vanamente,*

³⁶² Cass., sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266; Cass., sez. III, 14 maggio 2014, n. 23532.

*alla riduzione del personale o a forme di finanziamento, anche al costo di prestare garanzie personali*³⁶³.

Attraverso tale prospettiva, la dottrina ha sottoposto a critica la tesi secondo cui sussisterebbe in capo al sostituto un obbligo giuridico di "accantonamento"³⁶⁴, ritenendola infondata e basata sulla commistione tra il piano del dolo e quello della colpa, giungendo ad ammettere, seppur a certe condizioni, che la crisi di liquidità possa comunque essere validamente invocata in termini di esimente.

L'esclusione della responsabilità penale viene, quindi, normalmente fatta dipendere dall'assolvimento di oneri di allegazione concernenti sia il profilo della non imputabilità della crisi economica che ha investito l'azienda, sia l'aspetto della impossibilità di fronteggiare la crisi di liquidità tramite il ricorso a misure idonee da valutarsi in concreto.

Diversa, però, è la collocazione dogmatica che viene attribuita alla crisi di liquidità per giungere alla non punibilità.

4.1.1. Esclusione del fatto tipico: crisi di liquidità come ipotesi di forza maggiore.

Per esempio, nell'ipotesi di un amministratore di una società entrato in carica solo cinque mesi prima del termine ultimo per il versamento delle ritenute e subentrato ad altro il quale non aveva versato le ritenute secondo le scadenze tributarie e che, per problemi economici e di liquidità ereditati dal precedente amministratore, non era stato in grado di rispettare il

³⁶³ L. MONTICELLI, *Art. 10 bis d.lgs. 74/2000*, in AA.VV. *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. 158/2015*, cit., p. 198, che richiama Trib. Milano, sez. II, 17 luglio 2015, n. 8741.

³⁶⁴ Sul punto si veda: I. CARACCIOLI, *Riflessioni sui reati di omissione propria e sulle cause di non punibilità suscitate dalle Sezioni Unite della cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, p. 256; L. GIANZI, *I reati di omesso versamento, crisi di liquidità e riconoscimento dell'esimente: prime (timide) aperture della Corte di Cassazione?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014.

successivo termine di presentazione della dichiarazione, mancherebbe, secondo una parte della giurisprudenza, la stessa condotta omissiva³⁶⁵.

Partendo dal presupposto che il reato di omesso versamento “*si realizza progressivamente, presupponendo l'accantonamento degli importi dovuti per l'IVA*” e valorizzando la circostanza per cui “*quando assunse la carica di legale rappresentante del consorzio, l'imputato non aveva la disponibilità finanziaria per adempiere al versamento dell'obbligo tributario e non era in grado di reperirlo con gli ordinari strumenti di finanziamento*”³⁶⁶, i giudici hanno assolto l'amministratore.

Seguendo il medesimo ragionamento, recente giurisprudenza di merito ha sostenuto che “*il sopraggiungere di una crisi di liquidità di dimensioni tanto importanti da comportare lo scioglimento e la messa in liquidazione di una società rappresenta una sorta di forza maggiore che esclude la volontà del sostituto di omettere il versamento dovuto, purchè si riesca a dimostrare che la crisi finanziaria e di liquidità sia stata determinata da fattori che non rientrano nella sua sfera di controllo e non sia, quindi, il frutto di atti di mala gestio*”³⁶⁷.

Altri, poi, sostengono la strada della sussunzione della crisi di liquidità nella causa di forza maggiore di cui all'art. 45 c.p.³⁶⁸ con la conseguenza che, prevedendo quest'ultima esimente fenomeni di costrizioni del comportamento umano determinati da fattori imprevedibili esterni nei

³⁶⁵ A. LANZI – P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, cit., p. 333, nota 238.

³⁶⁶ Tribunale di Milano, 22 maggio 2013.

³⁶⁷ Tribunale di Venezia, sez. II, 6 novembre 2012, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 4, P. 979; Trib. Novara, 20 marzo 2013, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 4, p. 979.

³⁶⁸ Si veda, in passato, un'ipotesi in cui era stata riconosciuta la forza maggiore in presenza di un omesso versamento di contributi previdenziali da parte del presidente di un'azienda municipalizzata, dovuto all'impossibilità di reperire le risorse finanziarie a causa dell'inadeguatezza delle entrate e coprire le spese: Cass, sez. I, 13 ottobre 1981, in *Foro it.*, 1982, II, p. 369. Recentemente sulla questione, cfr. I. CARACCIOLI, *Omessi versamenti con la via d'uscita della forza maggiore*, in *Il sole24 ore*, del 29 settembre 2013.

confronti dei quali il soggetto agente non ha margini di scelta, si esclude la sussistenza non dell'elemento soggettivo, bensì già della condotta tipica³⁶⁹.

Tuttavia, i giudici che hanno aderito a tale impostazione hanno evidenziato come l'esistenza di una grave crisi finanziaria possa delinearsi come causa di forza maggiore a condizione che l'evento sia completamente svincolato dalla condotta e dalla colpa dell'agente e che l'onere probatorio gravi sull'imputato non essendo possibile provare – se non attraverso una sorta di *probatio diabolica* – un elemento negativo se non risulta convertibile in specifici elementi positivi da cui desumerlo, con la conseguenza che “*se l'accadimento, per quanto eccezionale, poteva essere in concreto previsto ed evitato, si è fuori dall'ambito di operatività dell'esimenti ex art. 45 c.p.*” come nel caso in cui la crisi era dipesa da operazioni commerciali e scelte gestionali avventate e imprudenti, fermamente volute dall'imputato e denotanti quanto meno l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento omissivo addebitatogli³⁷⁰.

Altri hanno sostenuto la configurabilità della esimente dello “stato di necessità” ex art. 54 c.p. tramite un'interpretazione estensiva del danno grave tale da ricomprendere anche il licenziamento nel caso di fallimento derivante dall'eventuale versamento del contributo, o del concetto di persona fino a ricomprendere anche la persona giuridica³⁷¹. Tuttavia, anche questo orientamento ha prestato il fianco a numerose critiche che hanno mostrato la difficoltà di provare la sussistenza degli altri requisiti richiesti dall'esimente dello stato di necessità.

³⁶⁹ A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, II ed., Padova, 2004, p. 213.

³⁷⁰ Tribunale di Roma, 7 e 12 maggio 2013; sul punto, in dottrina, si veda G.L. SOANA, *I reati tributari*, cit., p. 325; A. VALSECCHI, *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA – artt. 10 bis e 10 ter, d.lgs. 74/00 – per insolvenza del contribuente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 dicembre 2013.

³⁷¹ B. CARTONI, *L'incidenza della legge Finanziaria 2005 sul diritto penale tributario*, in *Il fisco*, n. 7/2005, p. 1040.

Indipendentemente dalle diverse linee interpretative, ciò che è importante è che la crisi di liquidità, per questi orientamenti, non fa venir meno la colpevolezza ma già la tipicità della condotta omissiva in quanto aderiscono all'impostazione secondo cui una delle componenti oggettive essenziali del reato omissivo proprio è la possibilità effettiva e concreta di adempiere al *facere* imposto dalla legge³⁷², richiamando l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale di inesigibilità – anche se ricondotto alla figura della forza maggiore – che dovrebbe trovare applicazione tutte le volte in cui il soggetto si trovi in una situazione di obiettiva impossibilità di conformarsi al precetto penale³⁷³.

Tuttavia, in dottrina non sono mancate critiche a tale orientamento, in quanto è difficile configurare una effettiva impossibilità al versamento nelle ipotesi di difficoltà economica³⁷⁴.

4.1.2. *Esclusione della colpevolezza.*

Un altro filone giurisprudenziale sostiene che nelle ipotesi di crisi di liquidità, sia da ritenersi escluso il dolo³⁷⁵.

Come anticipato, nelle fattispecie di cui agli artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2000 il legislatore ha espressamente previsto il mero dolo generico³⁷⁶ pur se una parte minoritaria della giurisprudenza di merito³⁷⁷, del tutto in palese contrasto con la lettera della norma, ha inteso ravvisarvi un dolo specifico.

³⁷² G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 591; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. p. 138.

³⁷³ R. GAROFOLI, *Manuale*, cit., p. 988.

³⁷⁴ I. CARACCIOLI, *Riflessioni sui reati di omissione propri e sulle cause di non punibilità suscitate dalla Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 258. Negli stessi termini anche A. CAROTENUTO, *Illiquidità dell'impresa*, cit. p. 5194.

³⁷⁵ Trib. Milano, sez. III, 30 marzo 2012; nonché A. LANZI – P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., p. 335, nota 239.

³⁷⁶ Cass., sez. III, 7 febbraio 1997, Cementano.

³⁷⁷ Gip Roma, 26 gennaio 2001, n. 64.

Secondo un'autorevole impostazione³⁷⁸, poi, si deve ritenere che trattandosi di reati omissivi propri, la volontà di non effettuare nei termini il versamento dovuto (segmento del dolo) presuppone la possibilità di assolvere il dovere di pagamento con la conseguenza che la crisi di liquidità esclude il dolo integrando una sorta di causa di "impossibilità relativa" da valutarsi "in relazione a quanto umanamente esigibile dal soggetto nel caso concreto"³⁷⁹.

Già nel passato in dottrina si sosteneva che in presenza di una situazione di crisi acuta della liquidità "che di fatto rende impossibile il versamento delle ritenute effettuate non sia presente il necessario dolo in relazione al noto principio ad impossibilia nemo tenetur"³⁸⁰. Secondo tale impostazione, per verificare la sussistenza del dolo è necessario accertare se il soggetto abbia la possibilità di adempiere a quanto prescritto dalla norma penale; valutazione che deve essere effettuata tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e che deve ritenersi esclusa quando vi sia assoluta impossibilità di adempiere, come nel caso di crisi acuta di liquidità per il reato di omesso versamento ritenute, crisi che deve essere oggetto di rigoroso accertamento.

Si sostiene che, come nel contesto nel quale si inserisce l'art. 10 bis d.lgs. 74/2000 – ossia in un sistema di reati che prevede solo delitti –, è possibile escludere la presenza dell'elemento soggettivo nei casi di mancati versamenti derivanti da situazioni di illiquidità improvvise ed imprevedibili per le quali nessuna colpa sia ascrivibile al sostituto³⁸¹.

³⁷⁸ G. FLORA, *Profili penali in materia di imposte dirette e IVA*, Padova, 1979, p. 164; A. CAROTENUTO, *Illiquidità dell'impresa e dolo nell'art. 10 bis del d.lgs. 74/2000*, in *Il Fisco*, 7/2005, p. 5196 – 5198.

³⁷⁹ F. ROMOLI, *Omesso versamento di IVA e crisi di liquidità*, in *Arch. Pen.*, fasc. 1, 2013.

³⁸⁰ G. FLORA, *Profili penali in materia di imposte dirette e IVA*, Padova, 1979, p. 164.

³⁸¹ A. CAROTENUTO, *Illiquidità dell'impresa*, cit., p. 5194.

Nel caso di un imprenditore accusato di omesso versamento dell'IVA perché *“si era trovato in gravi difficoltà economiche in conseguenza del mancato adempimento dei creditori della sua azienda, di modo che versava in quella situazione che la dottrina e la giurisprudenza hanno definito illiquidità”*, il giudice ha emesso sentenza di assoluzione per mancanza di dolo in quanto *“la condotta omissiva del contribuente in tanto può essere sanzionata in quanto si versi in una ipotesi di dolo, seppur generico”* e, nel caso di specie, si è ritenuto non sussistente l'elemento psicologico in quanto *“il processo penale a differenza di quello tributario, impone di valutare e di provare la volontarietà dell'omissione (nel senso richiesto dalla norma violata, di tal che deve risultare che l'agente si è rappresentato, e ha voluto l'omissione del versamento nel termine richiesto), volontarietà che nel caso di specie non sussiste a causa della crisi finanziari in cui si era venuto a trovare l'imputato in conseguenza, anche, delle condotte di terzi inadempimenti nei suoi confronti”*³⁸².

Anche le Sezioni Unite³⁸³ pur non esplicitandolo in modo espresso hanno dato lo spunto interpretativo per ancorare la possibilità di escludere il dolo in caso di indicazioni difensive specifiche, concrete e documentate, atte a ravvisare un'incolpevole e reale impossibilità di adempiere. Ed infatti, seppur *“per la commissione del reato basta la coscienza e la volontà di non versare all'erario le ritenute effettuare nel periodo considerato e che la prova del dolo è insita, in genere, nella semplice presentazione della dichiarazione annuale”*³⁸⁴, la giurisprudenza conclude che se la crisi di liquidità non può aprioristicamente escludere il dolo, ciò è possibile quando *“la prova che non sia stato altrimenti possibile per il contribuente reperire le risorse necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur*

³⁸² GIP presso Tribunale di Firenze, 27 luglio 2012; così anche GIP presso Tribunale di Milano, 19 settembre 2012, 7 gennaio 2013; Tribunale di Milano, 26 febbraio 2013.

³⁸³ SS.UU penali, 28 marzo 2013 (dep. 12 settembre 2013), n. 37424.

³⁸⁴ L. GIANZI, *I reati di omesso versamento, crisi di liquidità e riconoscimento dell'esimente*, cit., p. 9.

avendo posto in essere tutte le possibili azioni (compreso il ricorso al credito bancario), anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di una improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e ad egli non imputabili”³⁸⁵.

4.1.3. *La crisi di liquidità come espressione del principio di esigibilità.*

Recenti pronunce criticano i precedenti orientamenti ed affermano la sussistenza sia del fatto tipico sia del dolo inteso.

Si è sostenuto, infatti, che *“la stessa giurisprudenza che giunge ad esiti assolutori motivando in punto di dolo finisce in realtà per argomentare la decisione – non già sull’esistenza di una condotta dell’agente inconscia, inconsapevole, involontaria, bensì, sulla considerazione che quella condotta, sebbene volontariamente tenuta, è stata «imposta» al soggetto in virtù delle eccezionali circostanze contingenti che questi si trovò ad affrontare”³⁸⁶.*

Emerge, infatti, da una comparazione tra le pronunce assolutorie per carenza dell’elemento soggettivo doloso in caso di inesigibilità della condotta alternativa rispetto a quella concretamente adottata dall’imputato e la dottrina che da sempre sostiene la natura di dolo generico dei reati di omesso versamento ritenute e IVA, la difficoltà ad escludere la sussistenza del dolo sulla base della sufficienza per la prova dello stesso della coscienza e volontà in capo all’agente di aver rilasciato la certificazione delle ritenute delle quali, poi, omette il versamento (senza che possano rilevare i diversi scopi che hanno guidato l’agente alla condotta) è superabile attraverso una valutazione

³⁸⁵ Cass., sez. III, 5467/2014, in *Diritto e Giustizia on line* del 5 febbraio 2014.

³⁸⁶ S. FINOCCHIARO, *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e “soggettiva inesigibilità”*, in *Dir. Pen. Cont.*, 23 marzo 2016, nota a sent. Trib. Milano, III, 15 dicembre 2015 (dep. 18 febbraio 2016), n. 13701, giud. Mannucci Pacini.

complessiva della vicenda nel cui contesto la condotta incriminatrice è stata tenuta.

Si sottolinea, infatti che, *“l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato non può limitarsi ad un riscontro decontestualizzato dalla volontarietà dell'azione o dell'omissione posta in essere ma deve invece comprendere una generale valutazione di esigibilità soggettiva del comportamento doveroso, sulla scorta dell'incontestabile insegnamento secondo cui la colpevolezza, quale elemento indefettibile del reato, non è altro che l'insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere un rimprovero per aver commesso un fatto antigiuridico”*³⁸⁷.

Questa pronuncia accoglie espressamente il principio di inesigibilità e ne afferma la sussistenza argomentando sulla base del fondamento costituzionale dei principi di colpevolezza (art. 27, comma 1, Cost.), di rieducazione della pena (art. 27, comma 3, Cost.), di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di dignità dell'uomo (art. 2 Cost.).

Questi principi impongono al giudice di accertare che la condotta dell'agente, oltre che sorretta da dolo, sia riprovevole, ossia meritevole di biasimo da parte dell'ordinamento, come afferma la storica sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988 secondo la quale *“dal collegamento tra il primo e il terzo comma dell'art. 27 Cost., risulta, altresì, insieme con la necessaria «rimproverabilità» della personale violazione normativa, l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultano espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali. La piena, particolare compenetrazione tra fatto e persona implica che siano sottoposti a pena soltanto quegli episodi che, appunto personalmente, esprimano il predetto, riprovevole contrasto od indifferenza. Il ristabilimento dei valori sociali*

³⁸⁷ Trib. Milano, III, 15 dicembre 2015 (dep. 18 febbraio 2016, n. 13701), giud. Mannucci Pacini, p. 14.

«dispregiati» e l'opera rieducatrice ed ammonitrice sul reo hanno senso soltanto sulla base della dimostrata «soggettiva antiggiuridicità» del fatto»³⁸⁸.

La recente sentenza emessa dal Tribunale di Milano sembra, quindi, voler superare le critiche mosse all'inesigibilità quale criterio di esclusione della colpevolezza ed aventi ad oggetto la mancata enunciazione di tale principio a livello normativo ancorando la stessa inesigibilità a norme e principi costituzionali che informano l'intero sistema penale.

Seguendo tale ragionamento non si ritiene d'ostacolo nemmeno la tesi dei sostenitori del carattere tassativo delle scusanti dal momento che, recentemente, la Corte di Cassazione³⁸⁹ ha escluso che le stesse abbiano carattere tassativo, riconoscendo l'esistenza di *“un principio generale in base al quale nessun fatto soggettivamente non rimproverabile può essere penalmente sanzionato”* e, quindi, la possibilità dell'accertamento da parte dei giudici dell'assenza di cause che rendano soggettivamente inesigibile la condotta dell'agente escludendo l'elemento della colpevolezza.

Superato anche l'ulteriore argomento sostenuto dai fautori dell'impossibilità di prevedere un principio di inesigibilità nel nostro ordinamento ovverosia la necessità di garantire l'efficacia general-preventiva della norma penale che verrebbe meno in caso di riconoscimento di generali condizioni scusanti. I giudici, ricordano, infatti, come sia la stessa Corte costituzionale³⁹⁰ a sostenere che *“punire in difetto di colpevolezza, al fine di dissuadere i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale negativa) o di neutralizzare il reo (prevenzione speciale negativa), implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2*

³⁸⁸ Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364.

³⁸⁹ Cass., sez. II, 21-30 aprile 2015 (dep. 4 agosto 2015), n. 34147, che ha applicato al convivente *more uxorio* la scusante di cui all'art. 384, comma 1, c.p.

³⁹⁰ Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322.

Cost.”. Pertanto, nelle ipotesi in cui il fatto sia stato commesso in circostanze eccezionali ed anormali tali da rendere umanamente non esigibile una condotta diversa dell’agente, una pena sarebbe sentita da quest’ultimo e dai consociati come ingiusta e “illegittima” rispetto ai principi costituzionali.

Tuttavia, nonostante i pregi di tale motivazione si ripresentano le medesime criticità che hanno accompagnato la teoria dell’inesigibilità quale causa di esclusione della colpevolezza stante l’assoluta evanescenza dei criteri di concretizzazione per aiutare l’interprete a discernere le condotte esigibili da quelle inesigibili con il rischio che tale valutazione si trasformi in uno strumento di arbitrio per il giudice, come testimoniano le ondivaghe pronunce giurisprudenziali³⁹¹.

5. Spunti per una prospettiva *de iure condendo*.

Il panorama giurisprudenziale e dottrinale sopra delineato stimola una riflessione sulla necessità o meno di prevedere espressamente l’inserimento di una norma che definisca lo stato di necessità scusante e non quale causa di giustificazione per dare piena attuazione al principio di colpevolezza e fornire una guida più sicura ai Tribunali che, come abbiamo visto, per non addivenire a condanne palesemente ingiuste nei casi di anormalità del procedimento di motivazione dell’autore di un fatto illecito, sono costretti a fare uso improprio di categorie giuridico-penali non pertinenti, ovvero sulla opportunità di trasformare alcune ipotesi delittuose

³⁹¹ A fronte delle prime aperture della giurisprudenza, le più recenti sentenze della Suprema Corte sembrano tornare alla tradizionale rigorosa posizione di esclusione della rilevanza della crisi di liquidità. Si vedano sul punto: Cass., sez. III, 15 febbraio 2016, n. 6113 e Cass., sez. III, 5 maggio 2016, n. 18680. Mentre numerosi giudici di merito preferiscono aderire alla teoria dell’inesigibilità e assolvere imprenditori che si siano trovati e abbiano allegato e provato lo stato di crisi di liquidità non determinato dalle proprie azioni né altrimenti evitabile. Si veda: Tribunale di Pordenone, giud. Rodolfo Picci, imputato Diego Lorenzon, ud. 30 novembre 2016 (non ancora pubblicata).

caratterizzate da situazioni tipiche neutre o comunque già sanzionate in altri rami del diritto in illeciti amministrativi ripensando al ruolo di *extrema ratio* che caratterizza la sanzione penale anche al fine di evitare, in particolare nell'ipotesi dei reati tributari, contraddizioni nell'ordinamento.

Da una parte, infatti, si trova un'impostazione estremamente formalistica che ritiene di punire penalmente anche l'imprenditore che non abbia onorato i debiti tributari già correttamente esposti a causa di una grave crisi di liquidità e dall'altro, nel medesimo ambito penale, si trovano interventi legislativi volti a riconoscere maggiore sensibilità nei confronti delle imprese affette da problemi di natura finanziaria come l'esclusione della rilevanza penale dei costi indeducibili, se realmente sostenuti, nell'ambito della dichiarazione infedele *ex art. 4, D. lgs. 74/2000*³⁹² oppure lo scomputo delle perdite di esercizio nell'ambito del calcolo dell'imposta evasa a norma dell'art. 1, lett. *f*, D. lgs. 74/2000. Medesima attenzione alle conseguenze della vasta e grave crisi economico-finanziaria del settore imprenditoriale è stata posta dal legislatore in ambito fallimentare ove sono state previste espressamente ampie possibilità di evitare il fallimento transando anche sui debiti tributari³⁹³.

La grave crisi della colpevolezza nelle fattispecie omissive a situazione tipica neutra e la tendenza degli interpreti ad arricchire il contenuto della rappresentazione necessaria per il dolo di momenti di antiggiuridicità, nonché l'orientamento giurisprudenziale teso ad accogliere ipotesi di colpa implicita in delitti ove la norma formalmente punisce solo il dolo, sono espressione

³⁹² Come modificato dal d.lgs. 158/2015.

³⁹³ Ci si riferisce, ad esempio, all'art. 182 *bis*, R.D. 16 maggio 1942, n. 267 introdotto dal D.lgs. 5/2006. Il legislatore ha posto l'attenzione anche nei confronti del consumatore e del piccolo imprenditore non soggetto a fallimento prevedendo, per arginare la grave crisi economico-finanziaria, l'istituto del sovraindebitamento ai sensi della L. 3/2012. In dottrina si veda, G. BERSANI, *Omesso versamento IVA: insolvenza dell'imprenditore e procedure per la risoluzione della crisi di impresa*, in *Il Fisco*, 2013, p. 3706.

della necessità che il legislatore rivaluti i confini tra “penale” e “amministrativo” evitando di scegliere lo strumento penale, in particolare il delitto, al solo fine di rispondere ad esigenze di repressione cogente e addivenire, così, ad una “frode delle etichette” impoverendo la dimensione personalistica del giudizio penale di responsabilità.

BIBLIOGRAFIA

ALAGNA R., *Crisi di liquidità dell'impresa ed evasione da riscossione*, in BORSARI R. (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013, p. 215 ss.

ALESSANDRI A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. Comm.*, 2014, p. 855.

ALIMENA B., *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938.

ALIMENA B., *Principi di diritto penale*, Vol. I, Napoli, 1910.

ANDENAES J., *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, trad. it. di CRESPI A., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 269 ss.

ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in ROMANO, M. – STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 33-34.

ANTOLISEI F., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955.

ANTOLISEI F., *Il problema del bene giuridico*, in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp. 110 – 111.

ANTOLISEI F., *La volontà nel reato*, in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 129.

ANTOLISEI F., *Colpa per inosservanza di leggi e responsabilità oggettiva*, in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 323 ss.

ANTOLISEI F., *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1990.

ANTOLISEI F., *L'evento e il nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932.

ANTOLISEI F., *Sul concetto di azione nel reato*, in *Riv. pen.*, 1925, p. 153.

- ANTOLISEI F., *Evento e dolo nell'omissione di referto*, in *Giur. it.*, 1949, II, c. 291 ss.
- ARMANI G., *Beccaria e la questione penale*, in AA.VV., *Lezioni sull'illuminismo*, Milano, 1980, p. 129 ss.
- BARATTA A., *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, Bologna, 1982.
- BARATTA A., *Dei delitti e delle pene*, Bologna, 1985.
- BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in ID., *Dei delitti e delle pene*, Bologna, 1985, p. 443 ss.
- BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nella società multiculturali*, Milano, 2010, p. 132.
- BASILE F., *Il delitto di omissione di soccorso (art. 593 c.p.)*, *Teoria e prassi*, Ariccia, 2015, p. 45.
- BASILE F., *Note sul dolo nei reati omissivi propri, con particolare riguardo al reato di omissione di soccorso*, in *Riv. Trim. di Dir. Pen. cont.*, 2/2014, p. 111.
- BASILE F., *Commento art. 189, d.lgs. 285/1992*, in DOLCINI E. – GATTA G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Tomo II, Milano, 2015.
- BERSANI G., *Omesso versamento IVA: insolvenza dell'imprenditore e procedure per la risoluzione della crisi di impresa*, in *Il Fisco*, 2013, p. 3706.
- BETTIOL G., *Scritti giuridici*, Tomo I e II, Padova, 1966.
- BETTIOL G., *Bene giuridico e reato (1938)*, in *Scritti giuridici*, Tomo I, p. 318 ss.
- BETTIOL G., *Sul reato proprio*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, p. 400 ss.
- BETTIOL G., *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Scritti giuridici*, II, p. 318 ss.
- BETTIOL G., «Non esigibilità» e collaborazionismo, in *Giur. it.*, 1946, II, p. 121.
- BETTIOL G., *Diritto penale – Parte generale*, 11 ed., Padova, 1982.
- BETTIOL G., *In tema di interesse privato in atti di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 633 ss.

- BETTIOL G., *Verso un nuovo codice penale*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali di diritto penale – Contributo alla riforma*, Milano, 1982, p. 41 ss.
- BETTIOL G. – PETTOELLO M. – MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 1986.
- BLAIOTTA R., *L'azione umana, cosciente e volontaria*, in LATTANZI G. – LUPO E., *Codice penale*, Milano, 2000.
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione - Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977.
- BOBBIO N., *La funzione promozionale del diritto (1969)*, in *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 13 ss.
- BOBBIO N., *Le sanzioni positive (1971)*, in *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 33 ss.
- BOBBIO N., *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto (1970)*, in *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 123 ss.
- BOBBIO N., *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in *Soc. dir.*, 1984, n. 3, p. 7 ss.
- BOBBIO N., voce *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 330 ss.
- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.
- BONUCCI A., *L'omissione nel sistema giuridico*, vol. I, Perugia, 1911.
- BONUCCI A., *Volontarietà e causalità nell'omissione colposa*, in *Riv. pen.*, vol. XC, 1919, p. 193 ss.
- BOSCARELLI M., *La tutela penale del processo*, I, Milano, 1951.
- BORSARI R. (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013.
- BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 7 ss.

BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale, Atti del simposio di studi di diritto e procedura penale*, Milano, 1983, p. 124.

BRICOLA F., *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, in *Questione crim.*, 1975, p. 7 ss.

BRICOLA F., *La riscoperta delle « pene private » nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, c. 1 ss.

BRICOLA F., *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689 : una svolta «reale» nella politica criminale?*, in *Politica dir.*, 1982, p. 359 ss.

BRICOLA F., *Considerazioni introduttive a Il codice Rocco Cinquant'anni dopo*, in *Questione crim.*, 1981, p. 7 ss.

BRICOLA F., voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. XIV, Torino, 1967, p. 588 ss.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Tomo I e II, Padova, 1988.

CADOPPI A., *La rilevanza penale del «rifiuto» ed il reato di disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 613 ss.

CADOPPI A., *Omesso versamento delle ritenute da parte del sostituto d'imposta - Verso una interpretatio abrogans ?*, in *Il Fisco*, 1986, p. 7506 ss.

CADOPPI A., *L'estensione della responsabilità per omissione nel nuovo diritto penale tributario: brevi spunti critici*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 750 ss.

CADOPPI A., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di ignorantia legis*, in *Foro it.*, 1991, II, p. 416.

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale, Parte generale*, II ed., Padova, 2004.

CARACCIOLI I., *Omessi versamenti con la via d'uscita della forza maggiore*, in *Il sole24 ore*, del 29 settembre 2013.

- CARACCIOLI I., *Riflessioni sui reati di omissione propria e sulle cause di non punibilità suscitate dalle Sezioni Unite della cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, p. 253.
- CARACCIOLI I. – GIARDA A. – LANZA A., *Diritto e procedura penale tributaria: commento alla legge 7 agosto 1982, n. 516*, Padova, 1989.
- CARMIGNANI G., *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863.
- CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Tomo II e III, Pisa, Nistri, 1831, 1832.
- CARNELUTTI F., *Illiceità penale della omissione*, in *Annali dir. e proc. pen.*, 1933, p. 1 ss.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale – Parte generale – vol. I, X ed.*, Firenze, 1907.
- CARRARA F., *Diritto della difesa pubblica e privata (1859)*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, VI ed. 1909, p. 117.
- CAROTENUTO A., *Illiquidità dell'impresa e dolo nell'art. 10 bis del d.lgs. 74/2000*, in *Il Fisco*, 2005, p. 5194.
- CARTONI B., *L'incidenza della legge Finanziaria 2005 sul diritto penale tributario*, in *Il fisco*, n. 7/2005, p. 1039.
- CAVALLO V., *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Napoli, 1973.
- CERQUA L.D. – PRICOLO C.M., *Un "nuovo" delitto tributario: l'omesso versamento di ritenute certificate*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 678.
- DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978.
- DE FRANCESCO G.V., *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato*, in *Arch. Pen.*, 1975, I., p. 27.
- DE FRANCESCO G.V., *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, p. 275 ss.
- DELITALA G., *Studi sulla bancarotta*, Padova, 1935.

- DELITALA G., *Analogia in bonam partem*, in *Scritti in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, p. 517.
- DELITALA G., voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 1095.
- DELITALA G., *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, 1930, in *Dir. pen. – Raccolta*, I, p. 143.
- DELITALA G., voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 567.
- DELITALA G., *La crisi del diritto nella società contemporanea* (1953), in *Dir. pen. – Raccolta*, II, p. 623.
- DE MARSICO A., *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1930.
- DE VERO G., *Il dolo e la preterintenzione*, in DE VERO G. (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010, p. 202.
- DI GENNARO G., *La criminalità economica nella letteratura internazionale*, (con la collaborazione di M. BONOMO, G. MAROTTA, P. VICECONTE) in DI GENNARO G. – PEDRAZZI C., *Criminalità economica e pubblica opinione*, Milano, 1982, p. 21 ss.
- DI GENNARO G. – PEDRAZZI C., *Criminalità economica e pubblica opinione*, Milano, 1982.
- DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 589.
- DOLCINI E., *Commento all'art. 3*, in DOLCINI E. – GIARDA A. – MUCCIARELLI F. – PALIERO C.E. – RIVA CRUGNOLA E., *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, Milano, 1982, p. 28.
- DOLCINI E. – GIARDA A. – MUCCIARELLI F. – PALIERO C.E. – RIVA CRUGNOLA E., *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, Milano, 1982.
- DOLCINI E. – PALIERO C.E., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.
- DONATO TOMA G., *Il delitto di omesso versamento di IVA: gli orientamenti della dottrina e l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Il Fisco*, 2012, p. 4612.

- DONINI M., *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, in *Indice pen.*, 1987, p. 147.
- DONINI M., *Il delitto contravvenzionale – “Culpa iuris” e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993.
- EUSEBI L., «*Il futuro del principio penalistico di colpevolezza*» - *Note in margine ad un contributo di Günther Stratenwerth*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 245.
- EUSEBI L., *La «nuova» retribuzione*, in MARINUCCI G. – DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 93.
- FERRI E., *Relazione sul Progetto preliminare di Codice penale italiano*, in *Scuola pos.*, 1921, I, p. 1.
- FERRINI C., *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in PESSINA E. (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1905, vol. I, p. 70.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- FIANDACA G., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 23.
- FIANDACA G., *Lesività e dolo nel delitto di omessa denuncia di reato*, in AA.VV. *Studi in memoria di Gaetano Costa*, Milano, 1982, p. 95.
- FIANDACA G., *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *Questione Criminale*, 1981, p. 67.
- FIANDACA G., *Considerazioni in tema di omissione di atti di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 606.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale – Parte generale*, Bologna, VII ed., 2014.
- FILANGERI G., *La scienza della legislazione (fino al Libro III, Capo XLIII)*, in *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti di Gaetano Filangeri col commento intorno alla medesima di Beniamino Costant*, Milano, 1855, p. 1 ss.

- FINOCCHIARO S., *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e "soggettiva inesigibilità"*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2016.
- IORE C., *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, 1993.
- IORELLA A., (voce) *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 770.
- FLICK G.M., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? ("Materia penale", giusto processo, e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu, 4 marzo, 2014, sul market abuse)*, in *Riv. delle soc.*, 2014, p. 953.
- FLORA G., *Profili penali in materia di imposte dirette e IVA*, Padova, 1979.
- FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.
- FORNASARI G., *Costruzione edilizia in base a concessione illegittima e ambito di rilevanza della «buona fede»*, in *Giur. Merito*, 1986, p. 233 ss.
- FORNASARI G., *Buona fede e delitti: limiti normativi dell'art. 5 c.p. e criteri di concretizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 449 ss.
- FORNASARI G., *Bancarotta semplice*, in *Dir. pen. comm.*, vol. I, *I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, CARLETTI E. (a cura di), in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, BRICOLA F. – ZAGREBELSKI V. (a cura di), Torino, 1990.
- FORNASARI G., *La coscienza e la volontà dell'atto: art. 42, comma 1, c.p.*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, BRICOLA F. – ZAGREBELSKI V. (a cura di), Torino, 1996.
- FROSALI R. A., *Antigiuridicità speciale – Errore – Integrazione delle norme. Norme inutili e norme dannose*, in *Arch. Pen.*, 1952, II, p. 377 ss.
- GALLIANI P. *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980.
- GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951.

- GALLO M., *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1967.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale - L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1963.
- GALLO M., *Il dolo, oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati di scienza giuridiche ed economiche (anno XX)*, 1951-52, n. 4, Milano, 1952, p. 206 ss.
- GALLO M., voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, vol. XIII, p. 760.
- GALLO M., *Considerazioni in tema di errore su legge extrapenale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 138.
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Roma, 2014.
- GIANFORMAGGIO L., *Funzione o tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione*, in *Soc. dir.*, 1980, fasc. I, p. 79.
- GIANZI L., *I reati di omesso versamento, crisi di liquidità e riconoscimento dell'esimente: prime (timide) aperture della Corte di Cassazione?*, in www.dirittopenaletributario.net, 2014.
- GIUNTA F., *Principi e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1, p. 123.
- GRANATA F., *In tema di omissione di soccorso*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1939, p. 253.
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio – La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Vol. II, Padova, 1945.
- GROSSO C.F. (a cura di), *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, Milano, 1986.
- GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964.
- GUARNIERI G., *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937.
- IMPALLOMENI G.B., *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900.

- INGRASSIA A., *Ragione fiscale vs "illecito penale personale". Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*", Sant'Arcangelo di Romagna, 2016.
- LANZI A., *Lezioni di diritto penale tributario – Parte generale*, Parma, 1985.
- LANZI A., *L'errore su legge extrapenale, la giurisprudenza degli ultimi anni e la on applicazione dell'art. 47 ult. comma c.p.*, in *Indice pen.*, 1976, p. 229 ss.
- LANZI A., *Prima legge in tema di lotta alla criminalità nell'economia, 29 luglio 1976*, in *Indice pen.*, 1976, p. 470 ss.
- LANZI A. – ALDROVANDI P., *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2014.
- LUMIA G., *A proposito di struttura, funzione e ideologia del diritto*, in *Sociol. Dir.*, 1978, p. 431 ss.
- MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1939, p. 140 ss.
- MAGGIORE G., *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale*, in *Arch., pen.*, 1949, I, p. 3 ss.
- MAGGIORE G., *La «nolontà» nella teoria del reato omissivo*, in AA.VV., *Studi in memoria del Prof. Piero Rossi*, Siena, 1932.
- MANNA A., *Coscienza e volontà*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1988.
- MANTOVANI F., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, VII ed., Padova, 2011.
- MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 999.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, V ed., aggiornata da NUVOLONE P. e PISAPIA G.D., Torino, 1981 – 1986.
- MARINI G., *L'evasione da riscossione nei reati tributari*, in *Libro dell'Anno Treccani*, Roma, 2014.
- MARINI G., *«Non colpevolezza» dell'agente per non esigibilità dell'azione conforme al precetto o errore su elemento normativo del fatto?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 1042 ss.

- MARINUCCI G., *Il reato come azione – Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 1190.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in AA.VV., *Problemi di diritto penale*, Milano, 1974, p. 27.
- MARINUCCI G., *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in MARINUCCI G. – DOLCINI E. (a cura di), *Trasformazione*, Milano, 1985, p. 363.
- MARINUCCI G., *L'abbandono del Codice Rocco tra rassegnazione e utopia*, ne *La Questione criminale*, 1981, p. 308.
- MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 359.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
- MASSARI E., *Il momento esecutivo del reato: contributo alla teoria dell'atto punibile*, Pisa, 1923.
- MAZZA L., *Significato della locuzione «senza giusto motivo» nell'incriminazione dell'inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori*, in *Giur. Cost.*, 1976, p. 616 ss.
- MAZZACUVA N., *Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984., p. 199 ss.
- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Progetto preliminare del Codice penale – Libri II e III – Relazione e testo*, Roma, 1950.
- MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929.
- MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964.
- MUSCO E. – ARDITO F., *Diritto penale tributario*, II ed., Bologna, 2013.

- MUCCIARELLI F., *Qualche osservazione sulla natura istantanea o permanente del delitto di omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 1203 ss.
- NEPPI MODONA G., *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democr. e dir.*, 1977, pp. 680-682.
- NEPPI MODONA G. – VIOLANTE L. *Poteri dello stato e sistema penale*, *Corso di lezioni universitarie*, Torino, 1978.
- NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972.
- NUVOLONE P., *Il sistema di diritto penale*, Padova, 1982.
- NUVOLONE P., *Il diritto penale della strada nella legislazione italiana*, in *Indice Pen.*, 1985, p. 501.
- NUVOLONE P., *Il problema della responsabilità oggettiva nei reati di stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, n. 4, pp. 629-630.
- NUVOLONE P., *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 435.
- NUVOLONE P., *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1982, vol. I, p. 197.
- NUVOLONE P., *Profili soggettivi del reato tributario*, in *Ind. pen.*, 1984, p. 5 ss.
- NUVOLONE P., *Il diritto penale della strada nella legislazione italiana*, in *Indice pen.*, 1985, p. 501.
- NUVOLONE P., *Il nuovo diritto penale tributario*, in *Indice pen.*, 1984, p. 449 ss;
- PADOVANI T., *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 1993.
- PADOVANI T., *Note sulla crisi del modello penale illuministico e la funzione «promozionale» del diritto penale*, in *Identità del sistema penale*, suppl. al n. 9/1985 de *Difesa penale*, p. 47.

PADOVANI T., *Il binomio irriducibile. La distinzione tra delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 436.

PADOVANI T., *Spunti giurisprudenziali sulla coscienza dell'illiceità come elemento del dolo*, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1977, p. 670 ss.

PADOVANI T., *La scelta tra sanzioni penali e amministrative, e la circolare 19 dicembre 1983*, in *Riv. polizia locale*, 1984, p. 21 ss.

PADOVANI T., *La sopravvivenza del codice Rocco nella «età della decodificazione»*, in *Questione crim.*, 1986, p. 89 ss.

PADOVANI T., *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it.*, 1973, p. 554 ss.

PADOVANI T., *L'errore su legge penale determinato dall'altrui inganno e l'estensione analogica dell'art. 48 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1630.

PADOVANI T. (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007.

PAGLIARO A., *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 420 ss.

PAGLIARO A., *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. pen.*, 1981, p.447 ss.

PAGLIARO A., *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Antolisei*, Milano, 1965, vol. II, p. 389 ss.

PALAZZO F., *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano 1974.

PALAZZO F., *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 920 ss.

PALIERO C.E., «Minima non curat praetor» - *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

PALIERO C.E., *Il «diritto penale-amministrativo»: profili comparatistica*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1980, p. 1254.

- PALIERO C.E., *La legge 689 del 1981 : prima « codificazione» del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 117 ss.
- PALIERO C.E., *Note sulla disciplina dei reati «bagatellari»*, in *Riv. it. dir.proc. pen.*, 1979, p. 920 ss.
- PANNAIN R., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale - Parte generale*, 2 ed., Torino, 1950.
- PASELLA R., *I reati di inadempimento nella prospettiva della tutela penale del contratto*, Varese, 1984.
- PECORARO - ALBANI A., *Il dolo*, Napoli 1955.
- PECORARO - ALBANI A., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955.
- PERINI A., *La riforma dei reati tributari*, in *Dir. pen. e proc.*, fasc. 1, 2016, pp. 14.
- PERRONI FERRANTI G., *Reati d'omissione*, in *Giust. Pen.*, 1989, vol. V, p. 840.
- PESSINA E. (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1905, vol. I.
- PETROCELLI B., *La colpevolezza*, Padova, 1955.
- PETROCELLI B., *Principi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1955.
- PISAPIA G.D., *Presentazione*, in G.D. PISAPIA (a cura di), BECCARIA C., *Dei Delitti e delle pene*, Milano, 1973 p. 5.
- PISAPIA G.D., *Omesso versamento di contributi INA – Casa: delitto o contravvenzione?*, in *Riv. it.*, 1952, p. 619 ss.
- PIZZORUSSO A., *Osservazioni a Corte Cost. sent. 26 giugno 1969, n. 104*, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2085.
- PIZZORUSSO A. – VARANO V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Tomo I, Milano, 1985.
- PLATONE, *Leggi*, in *Opere*, Libro IX.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, (a cura di) *Circolare 19 dicembre 1983*
- *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in G.U.
- Suppl. alla G.U. n. 22 del 23.1.1984.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, (a cura di), *Circolare 5 febbraio 1986* -
Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formazione delle
fattispecie penali, pubbl. in *Riv. pen.*, 1986, p. 355 ss.

PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.

PULITANÒ D., voce *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p.
36.

PULITANÒ D., *Verso un nuovo modello di giustizia (1976)*, in *Giudice negli anni '70*
- *Un'esperienza di magistratura democratica*, p. 134 ss.

PULITANÒ D., voce *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p.
23 ss.

PULITANÒ D., *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p.
65 ss.

ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano – Torino -
Roma, 1913.

ROCCO A., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1909,
I, p. 385 ss.

ROCCO A., *Questioni in tema di responsabilità penale degli amministratori per*
violazione degli obblighi di comunicazione nella legge di riforma delle società per
azioni (artt. 5 e 17 l. 7 giugno 1974, n. 216), in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 339 ss.

ROCCO A., *Prevenzione generale e prospettiva di riforma del codice penale italiano*,
in ROMANO M. - STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale*
dei reati, Bologna, 1980, p. 151 ss.

ROCCO A., *Osservazioni sul nuovo diritto penale tributario*, in *Dir. e prat. trib.*,
1983, I, 738 ss.

- ROCCO G., *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in DOLCINI E. – PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 2, Milano, 2006, p. 179.
- ROCCO G., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pen.*, 1909, p. 385.
- ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, 1995.
- ROMANO M. – STELLA F. (a cura di), *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi*, p. 151 ss.
- ROMOLI F., *Omesso versamento di IVA e crisi di liquidità*, in *Arch. Pen.*, 2013.
- SABATINI G., *Le contravvenzioni del codice penale vigente*, Milano, 1961.
- SALTELLI C., *Il rapporto di causalità nel reato*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1939, p. 357.
- SCARANO L., *La non esigibilità nel diritto penale*, Sassari, 1948.
- SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.
- SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio - Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e «reati contro il patrimonio»*, Milano, 1980.
- SGUBBI F., *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 253 ss.
- SOANA G.L., *I reati tributari*, II ed., Milano, 2009, p. 295.
- SOANA G.L., *Il reato di omesso versamento IVA*, in *Rass. trib.*, 2007, pp. 111 ss.
- SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957.
- STELLA F., *Il problema della prevenzione della criminalità*, in ROMANO M. e STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 22.
- STILE A.M., *Omissione rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, Napoli, 1974.

STILE A.M., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Bollettino della sezione italiana dell'A.I.D.P.*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 239 ss.

STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985.

TAGLIARINI F., *Omissione, rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, p. 78 ss.

TELESCA M., *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 luglio 2015.

TERRACINA D., *Evasione da riscossione, difficoltà finanziarie e sanzioni penali*, in *Dialoghi tributari*, 2013, p. 89.

TESAURO A., *L'omissione nella teoria del reato*, in *Studi in memoria di E. Massari*, p. 469 ss.

TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, vol. VIII, *La Beatitudine – Gli atti umani*, I – II, Firenze, 1949, q. 6.

VALSECCHI A., *La Cassazione conferma la (tendenziale) irrilevanza dell'impossibilità ad adempiere rispetto alla consumazione del delitto di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 aprile 2015.

VALSECCHI A., *Delitto di omesso versamento dell'IVA (art. 10 ter d.lgs. 74/00) e (non) rimproverabilità dell'amministratore della società insolvente: qualche spunto di riflessione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 febbraio 2011.

VALSECCHI A., *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA (artt. 10 bis e 10 ter, d.lgs. 74/00) per insolvenza del contribuente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 dicembre 2013.

VANNINI O., *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916.

VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, 1988, p. 21.

VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte Edu)*, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2014.

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri, Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

WELZEL H., *Diritto naturale giustizia materiale*, Milano, 1965.

ZACCARO G., *Crisi economica e reati finanziari commessi dall'imprenditore - Ancora sentenze di merito sull'incidenza della crisi economica dell'imprenditore sulla sussistenza dei reati tributari a lui ascritti*, in *Questione Giustizia on line*, 10 giugno 2013.

ZAGREBELSKY V., voce *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 6.

ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1989, p. 174.

ZICCONI G., *La tutela dell'azione penale nei reati di omessa denuncia*, Catania, 1979.

Elenco cronologico delle sentenze citate

Corte di Cassazione

- Cass. Torino, 20 ottobre 1881, *Monitorie dei Tribunali*, 1881, p. 1103.
- Cass. Firenze, 8 luglio 1882, *Monitorie dei Tribunali*, 1882, p. 917, n. 22.
- Cass., sez. II, 28 febbraio 1946, in *Giur. It.*, II, 1946, p. 122.
- Cass., 16 febbraio 1966, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1288.
- Cass., sez. III, 10 maggio 1976, in *Cass. pen.*, 1977, p. 1124.
- Cass, sez. I, 13 ottobre 1981, in *Foro it.*, 1982, II, p. 369.
- Cass., sez. III, 21 gennaio 1987, in *Cass. pen.*, 1988, p. 379.
- Cass., sez. I, 14 marzo 1989, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2208.
- Cass., sez. III, 12 novembre 1990, in *Giur. Imp.*, 1991, p. 258.
- Cass., sez. III, 18 gennaio 1995, n. 1447, in *Cass. pen.*, 1996, p. 313.
- Cass., sez. III, 2 febbraio 1996, n. 487, in *Rass. Trib.*, 1997, p. 251.
- Cass., sez. I, 23 gennaio 1997, n. 4323, in CED 207434.
- Cass., sez. III, 7 febbraio 1997, in *Giur. Imp.*, 1997, p. 836.
- Cass., sez. I, 19 maggio 1997, n. 8264, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2352.
- Cass., sez. V, 31 gennaio 1998, in *Foro it.*, 1998, II, p. 517.
- Cass., sez. III, 24 marzo 1999, n. 1178, in *Riv. pen.*, 1999, p. 881.
- Cass., sez. III, 18 giugno 1999, CED 215518.
- Cass., sez. III, 5 luglio 2001, n. 33945, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3207.
- Cass., sez. IV, 15 gennaio 2008, n. 6306.
- Cass, sez. III, 26 maggio 2010, n. 25875.
- Cass., sez. III, 19 gennaio 2011, n. 13100.
- Cass, sez. III, 11 marzo 2011, n. 10120.
- Cass., sez. I, 6 aprile 2011, n. 16513.
- Cass., sez. IV, 13 maggio 2011, n. 25668, in *Leggi d'Italia*.

Cass., sez. III, 14 giugno 2011, n. 29616.
SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37425.
Cass., sez. III, 9 aprile 2013, n. 39082.
Cass., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5467.
Cass., sez. III, dep. 21 gennaio 2014, n. 2614.
Cass., sez. III, dep. 4 febbraio 2014, n. 5467, in *Diritto e Giustizia on line*, 5 febbraio 2014.
Cass., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 15176.
Cass., sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266.
Cass., sez. III, 14 maggio 2014, n. 23532.
Cass., sez. IV, 24 luglio 2014, n. 34495, in *Leggi d'Italia*.
Cass., sez. III, 11 novembre 2014, n. 52038.
Cass., sez. III, 14 aprile 2015, n. 21606.
Cass., sez. IV, 16 aprile 2015, n. 17690, in *Leggi d'Italia*.
Cass., sez. III, 21 maggio 2015, n. 38539.
Cass., sez. III, 23 giugno 2015, n. 31930, in *Dir. e giust.*, 2015.
Cass, sez. II, 4 agosto 2015, n. 34147.
Cass., sez. III, 9 settembre 2015, n. 43599.
Cass., sez. III, 16 settembre 2015, n. 49666.
Cass., sez. III, 6 ottobre 2015, n. 45690.
Cass., sez. III, 19 novembre 2015, n. 18680.
Cass., sez. III, 7 gennaio 2016, n. 6113.

Giudici di merito

Tribunale di Pisa, 5 febbraio 1982, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1630.
Tribunale di Milano, 12 febbraio 1986, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 449.
App. Trento, 27 febbraio 1987, Gerstl, in *Giur. Merito*, 1987, p. 1280,.

Tribunale di Larino, 28 settembre 1988, in *Il Fisco*, 1989, p. 1756.

Tribunale di Catanzaro, Gip, 19 dicembre 1990, in *Giust. Pen.*, 1992, II, p. 95.

Tribunale di Roma, Gip, 26 gennaio 2001, n. 64.

Tribunale di Milano, 28 aprile 2011.

Tribunale di Chieti, 2 agosto 2011, n. 211.

Tribunale di Milano, sez. III, 30 marzo 2012.

Tribunale di Firenze, Gip, 27 luglio 2012.

Tribunale di Milano, Gip, 19 settembre 2012.

Tribunale di Venezia, sez. II, 6 novembre 2012, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 4, p. 979.

GIP presso Tribunale di Milano 7 gennaio 2013, n. 3926.

Tribunale di Milano, 26 febbraio 2013.

Tribunale di Novara, 20 marzo 2013, in *Riv. dottori comm.*, 2013, 4, p. 979.

Tribunale di Roma, 7 maggio 2013, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2013.

Tribunale di Roma, 12 maggio 2013.

Tribunale di Milano, sez. V, 22 maggio 2013.

Tribunale di Milano, 11 giugno 2013.

Tribunale di Camerino, 2 luglio 2013, in *Riv. pen.*, 2013, p. 1261.

Tribunale di Campobasso, 29 maggio 2015, n. 436.

Tribunale di Campobasso, 28 maggio 2015.

Tribunale di Milano, sez. II, 17 luglio 2015, n. 8741.

Tribunale di Milano, sez. III, 15 dicembre 2015, n. 13701.

Trib. Terni, 10 maggio 2016.

Trib. Genova, sez. II, 16 giugno 2016.