

DIBATTITI

ANDREA DE LIA

L'illecito omissivo nel diritto penale statunitense in prospettiva comparata con il sistema italiano

Il saggio si sofferma sulla responsabilità omissiva nel contesto del diritto penale statunitense. Analizzato l'approccio alla *omission liability* nella *common law* inglese, si evidenzierà come essa sia stata "importata" negli *States*, per poi evolvere nel tempo. L'attenzione si focalizza tanto sulle *pure omissive offenses*, che costituiscono, nella modernità, uno strumento per presidiare i più disparati settori di rischio, quanto sulle *commission by omission offenses*, che hanno fatto registrare criticità teorico-applicative con alcuni tratti assimilabili a quelle che connotano il sistema nostrano.

The omission liability in the U.S. criminal law: a brief analysis in comparative prospective with the Italian system.

The essay focuses on omission liability in the context of US criminal law. After analyzing the approach to omission liability in English common law, it will be highlighted how it was "imported" to the States and then evolved over time. The focus is both on pure omissive offenses, which have constituted, in modernity, a tool to monitor the most disparate risk sectors, and on commission by omission offenses, which have shown theoretical and applicative criticalities with some features like those found in our system.

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Alle origini della *omission liability*. - 3. Dalla *common law* inglese al diritto penale statunitense. - 4. Le "good Samaritan laws". - 5. Le "hit and run offenses". - 6. La diffusione delle *pure omissive offenses* negli ordinamenti statuali e nella normativa federale. - 7. L'illecito omissivo improprio. - 8. L'omissione nei *crimes of result* a partire dalla seconda metà del '900. - 9. La *moral question*. - 10. La causalità dell'omissione. - 11. *Cases law* a confronto sul dilemma dolo/colpa. - 11.1. *Pifferi v. Candelario*. - 11.2. *Ciontoli v. Flippo*. - 11.3. *Espenhahn v. Warner-Lambert Co.* - 12. Concorso di persone e *omission liability*. - 13. Conclusioni.

1. *Premesse*. In Italia l'illecito penale omissivo è oggetto di un risalente e animato dibattito teorico; esso s'è alimentato per via delle difficoltà di assimilare l'omissione all'azione, quanto a disvalore/riprovevolezza (secondo l'antico detto popolare, "chi non fa, non falla!")¹ ma soprattutto dal punto di vista logico-contenutistico (nella dialettica tra "dover essere" e "essere") nonché naturalistico-eziologico (nel prisma dei reati d'evento², l'omissione non

¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milanofiori-Assago, 2017, 127. Quanto alle esperienze straniere, si rammenta, ad esempio, che il § 13 StGB prevede che il giudice possa diminuire la pena nel contesto del reato commissivo per omissione.

² La distinzione tra reati c.d. "omissivi impropri" e "propri", secondo l'impostazione che appare prefe-

avvia la dinamica causale; il modello condizionalistico, il ragionamento controfattuale e l'alternativa ipotetica, innegabilmente, si differenziano, perlomeno, per via del fatto che nell'omissione l'interprete deve "aggiungere", e non "sottrarre", mentalmente un tassello alla dinamica reale)³.

Sicché, almeno in origine, la ritrosia nel concepire in dottrina l'omissione come *species* del *genus* condotta⁴, che ha sospinto l'elaborazione dell'ampollosa formula del c.d. "*aliud agere*", una vera e propria *fictionis iuris*

ribile, non è tracciata dalla circostanza che si tratti di fattispecie che condizionano o meno la responsabilità penale all'inverarsi di un evento inteso in senso naturalistico (in termini di offesa o messa in pericolo), bensì dalla circostanza che tali figure derivino dalla combinazione tra l'art. 40 cpv c.p. e singole fattispecie d'evento (in senso naturalistico o giuridico) di parte speciale oppure siano "codificate" *ab origine* dal legislatore come omissive. Così, se è ipotizzabile una responsabilità omissiva "impropria" per reati ad evento in senso giuridico (ad esempio, nel contesto del reato di cui all'art. 223, co. 2, n. 2 L.F., il fallimento è evento non naturalistico, che può essere cagionato anche mediante l'omesso versamento delle imposte), vi sono reati omissivi propri in cui viene in rilievo l'evento in senso naturalistico (vd. l'omissione di soccorso di cui al co. 3 dell'art. 593 c.p.) e non sono, correlativamente, concepibili figure omissive che consentano la punizione di (o possono essere applicate per punire) condotte che non ledano (o mettano in pericolo) un interesse meritevole di tutela. Quanto, invece, alla categoria dei reati c.d. "di pura condotta", che possono assumere veste attiva e omissiva, essi si sostanziano in illeciti ove difetta un evento in termini naturalistici. Nel diritto penale statunitense, ove pure non vi è concordia definitoria, in genere, con le locuzioni "*direct omission*" o "*pure omission offenses*" (o *crimes*) s'indicano fattispecie concepite specificamente dal legislatore come omissive, mentre "*indirect omission*" o "*commission by omission offenses*" (di rado gli autori utilizzano l'espressione "*improper omission*") sono riferibili a quelle che operano sulla base di figure a condotta attiva. Per altro verso, le "*conduct offenses*" (o "*behavioral offenses*") si contrappongono alle "*result offenses*". Anche qui, a ben considerare, siffatte locuzioni possono assumere un significato diverso a seconda che si voglia o meno ammettere la configurabilità di illeciti penali senza evento (in termini di offesa o messa in pericolo di un bene meritevole di tutela). Di massima, tuttavia, per scienza penalistica angloamericana, la differenza tra le categorie da ultimo richiamate risiederebbe nella circostanza che le *conduct offenses* costituirebbero fattispecie in cui la punibilità sarebbe svincolata *tout court* dalla causazione di un evento (lesivo o pericoloso). In tal senso, vd. ALLEN - EDWARDS, *Criminal law*, Oxford, 2019, 35 ss; ORMEROD - LAIRD, *Criminal law*, Oxford, 2021, 29 ss. Del resto, la penetrazione del principio di offensività (*harm principle*) nel diritto penale angloamericano è, a tutt'oggi, alquanto scarsa. In argomento, vd. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 57 ss; DONINI, "*Danno*" e "*offesa*" nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1546 ss; FORNASARI, *Offensività: beni e tecniche di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1514 ss; DE LIA, "*Ossi di seppia*"? *Appunti sul principio di offensività*, in www.archiviopenale.it, 11 luglio 2018.

³ La maggiore difficoltà della ricostruzione della causalità "omissiva" rispetto a quella "attiva" deriva dalla circostanza che l'interprete è costretto a sviluppare un'ipotesi aggiuntiva: quella relativa alla condotta dovuta. Il che determina il carattere "doppiamente ipotetico" del procedimento logico-ricostruttivo del nesso eziologico. In argomento vd., *ex multis*, DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1, 50 ss.

⁴ MARINUCCI, *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Milano, 1971; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 267 ss. Sull'illecito omissivo quale "Cenerentola" del diritto penale, vd., nella manualistica, MANNA - SERENI, *Diritto penale. Parte generale. Teoria e prassi*, Milano, 2024, 219 ss.

(strettamente dipendente dall'idea per cui la responsabilità potesse promanare solo da un movimento corporeo, secondo il prototipo criminoso dell'azione), oramai scomparsa, senza particolari rimpianti, dal lessico penalistico⁵.

Nel contempo, la giurisprudenza, rifuggendo sofismi (che, per il vero, hanno dominato, specie in passato, la letteratura penalistica)⁶, senza però rinunciare ad edificare un apprezzabile impianto teorico per guidare la prassi, sulla base di un sistema positivo che, di fondo, attraverso la clausola d'equivalenza di cui all'art. 40 cpv del codice Rocco, equipara l'infrazione di un divieto a quella di un comando⁷, ma anche di una progressiva sensibilizzazione collettiva rispetto alle esigenze di solidarietà sociale promananti dalla Carta costituzionale⁸, si è prodigata nel definire (seppur con percorsi e approdi non da tutti condivisi) i paradigmi della responsabilità omissiva (quanto alle fonti degli obblighi di agire⁹, ai requisiti di rimproverabilità lato subiettivo¹⁰, al rilievo dell'omissione nel

⁵ PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 4, 821 ss.

⁶ Ha sottolineato la tendenza della dottrina più risalente all'elaborazione cervellotica, avulsa dalla dimensione applicativa, anche MILITELLO, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa nel fatto omissivo*, in *Cass. Pen.*, 1998, 3, 979 ss.

⁷ Sull'associazione, rispettivamente, del divieto all'azione e del comando all'omissione, vd. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1957, XI, 330 ss (spec. 331-332). Nella manualistica, vd. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Bari, 2002, 74 ss; C. PERINI, *Il reato omissivo: la fattispecie oggettiva*, in *Il sistema penale*, a cura di Paliero, Torino, 2024, 210 ss.

⁸ Sull'anima solidaristica dell'illecito omissivo, vd. anche BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 17; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 69 ss; F. BASILE, *Il delitto di omissione di soccorso: teoria e prassi*, Ariccia, 2015, *passim*; IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all'evento offensivo*, in *www.discrimen.it*, 21 giugno 2021.

⁹ Rappresentate, secondo l'impostazione ormai consolidata in sede pretoria, che è "eclettica" (o "mista"), dalla legge o da norme di *soft law* (vd., ad esempio, Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2023, n. 1425), dal contratto, dall'assunzione volontaria della posizione di garanzia, nonché dalla creazione di una situazione di rischio. Per un'ampia ricostruzione della casistica giurisprudenziale, vd. A. GARGANI, *Le posizioni di garanzia*, in *Giur. it.*, 2016, 1, 214 ss. Sul tema dell'obbligo di agire originato dalla precedente creazione della situazione di pericolo, vd., più di recente, CARRIERO, *L'Ingerenz-Theorie alla luce delle nuove e più sofisticate derive giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 3, 957 ss. Per una ricostruzione delle teorie (quella "formale", quella "funzionale", cui si aggiunge quella c.d. "mista"), vd. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 382 ss. Sul punto, occorre rimarcare, però, come la linea di confine tra queste impostazioni non sia affatto netta, atteso che nell'ambito della teoria formale (che, in linea di principio, intenderebbe limitare le posizioni di garanzia a quelle previste dalla legge, con diversità di vedute già in ordine a quale settore dell'ordinamento possa determinare obblighi nella prospettiva dell'illecito penale) alcuni attribuiscono rilievo a fonti diverse dalla legge (atti amministrativi, contratto, creazione di un rischio, richiamandosi, a tale ultimo proposito, il principio

contesto della cooperazione colposa¹¹, al nesso eziologico¹²), allargando progressivamente, però, i confini del reato omissivo improprio, soprattutto attraverso una costante relativizzazione del precetto scritto (con la valorizzazione di regole comportamentali generiche e il frequente ricorso agli stilemi della *culpa in vigilando* e *eligendo*)¹³, ridimensionando, giocoforza, l'anima "normativa" del *non facere quod debetur*¹⁴.

Si tratta di alcuni degli effetti del carattere "aperto" della responsabilità colposa (che assai più di frequente rispetto a quella dolosa s'interseca con l'illecito omissivo), che hanno finito con l'innestarsi in un ambito ove, negli ultimi decenni, il legislatore, dal canto suo, in diversi settori, ha selezionato una vasta serie di soggetti gravati dell'obbligo di agire e in cui sono state prodotte a ritmo incessante, da organi che si collocano a più livelli (o che, comunque, sono investiti di funzioni tra loro interferenti)¹⁵, regole cautelari, creando innumere-

generale del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.).

¹⁰ Tanto sotto il profilo del (drammatico) binomio dolo/colpa, quanto nel prisma degli elementi necessari all'addebito colposo.

¹¹ Su cui vd., tra gli scritti più recenti, ALBEGGIANI, *La cooperazione colposa*, in *Studium iuris*, 2000, 5, 515 ss; PIGHI, *La Cassazione e l'incerta autonomia della cooperazione colposa*, in *Cass. Pen.*, 2005, 3, 813 ss; MICHELETTI, *In tema di cooperazione nei delitti colposi*, in *Studium Iuris*, 2009, 12, 1399 ss; LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa*, Bari, 2012; RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, Torino, 2013; BRUSCO, *L'effetto estensivo della responsabilità penale nella cooperazione colposa*, in *Cass. Pen.*, 2014, 9, 2875 ss; GIUNTA, *Culpa, culpa, in Criminalia*, 2018, 569 ss; MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 8 maggio 2020; DI FLORIO, *La cooperazione nel delitto colposo: una fattispecie con una (problematica) funzione incriminatrice*, in *www.archiviopenale.it*, 12 marzo 2021; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, 2022; CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023.

¹² Che rappresenta, per il vero, tra gli elementi più critici della struttura del reato in forma omissiva. In argomento, vd., *ex multis*, BLAIOTTA, *La causalità giuridica*, Torino, 2005, *passim*.

¹³ Sulla rilettura *ex post*, con "sostituzione" delle norme comportamentali specifiche con quelle generiche, vd., *ex multis*, VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003; MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, 1 ss; PULITANO, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1231 ss; PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, 222 ss; DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 25 ss.

¹⁴ Su cui vd., *ex plurimis*, E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 4, 1081 ss; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, op. cit., 313; B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016, 295-296; ALAGNA, *Omissione propria e impropria*, in *Il reato*, a cura di Cocco-Ambrosetti, in *Trattato breve di diritto penale, parte generale*, I, 2, Milano-fiori-Assago, 2017, 88 ss.

¹⁵ Su questi temi, vd. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss; A. BERNARDI, *Sui*

voli “microsistemi del rischio”¹⁶.

Tali tendenze riflettono chiare evoluzioni ed esigenze di contesto, nel senso che la modernità ha recato con sé: i) nuovi e talora non ben definibili rischi correlati alle innovazioni tecnologiche, allo svolgimento delle attività produttive, all’aumento di frequenza delle relazioni umane¹⁷; ii) l’impossibilità da parte delle autorità pubbliche di monitorare capillarmente le aree di rischio, con conseguente opportunità di “trasferire” funzioni di tutela sul privato e, in particolare, sugli operatori economici¹⁸; iii) la necessità di adattare il sistema al progressivo affermarsi nel mercato delle grandi imprese, delle c.d. “organizzazioni complesse”¹⁹; l’esigenza di fronteggiare repentine evoluzioni delle situazioni di rischio e di valorizzare prontamente nuove scoperte scientifiche, che ha generato il massivo ricorso a fonti di *soft law*; iv) la sempre più elevata capacità euristica delle scienze applicate al processo che, nel garantire una maggiore certezza nella ricostruzione della catena causale, nel contempo, hanno contribuito a generare l’effetto collaterale della rilettura totalmente *ex post* delle vicende lesive, dilatando, altresì, le aspettative della collettività in ordine agli *standard* comportamentali, al *quomodo* dell’obbligazione di garanzia, col passaggio latente dall’*homo eiusdem* ad una sorta di “superuomo”,

rapporti tra diritto penale e soft law, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 536 ss; CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012; AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1406 ss; DE FRANCESCO, *Uno sguardo fugace sulla c.d. autonormazione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17 aprile 2023.

¹⁶ Su questi argomenti, vd. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, Torino, 2011; PAVICH, *La colpa penale*, Milano, 2013; AA.VV., *Reato colposo. Enciclopedia del Diritto. I tematici*, Milano, 2021; VALBONESI, *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli, 2023.

¹⁷ PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dominatici e politico-criminali*, Milano, 2004; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004; ZIRULLA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.

¹⁸ In argomento, vd. SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d'impresa tra "inerzia" e "induzione al reato". La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*, Napoli, 2012; SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016; D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, Torino, 2021; MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Cass. Pen.*, 2023, 3, 704 ss. Per un’analisi a largo spettro sugli scopi della previsione della responsabilità da reato dell’ente, vd. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti*, Torino, 2022.

¹⁹ Vd., per tutti, CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, *passim*.

che tutto può e deve prevedere, che ogni male può e deve evitare (talora disattendendo, se del caso, regole comportamentali scritte)²⁰, determinando la profonda crisi della c.d. “misura soggettiva della colpa” e dell’inesigibilità, quale baluardo del rispetto del principio di colpevolezza²¹; v) la progressiva sensibilizzazione collettiva sulla necessità di tutela della vittima attraverso lo strumentario penale (cui, del resto, il legislatore ricorre anche in ragione dell’inefficacia dei mezzi apprestati in altri settori dell’ordinamento) e del ruolo di tale soggetto nell’economia del processo²², nonché la tendenza alla “spettacolarizzazione” di “disastri”, più o meno grandi, da parte dei *media*, che hanno giocoforza posto in primo piano il dilemma tra la protezione dell’innocente e quella dei titolari di beni giuridici di primario rilievo²³. Soffermando l’attenzione sulla “fluidità” della regola cautelare, si rammenta

²⁰ In argomento, vd. PREZIOSI, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cass. Pen.*, 2011, 5, 1985 ss; F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell’agente modello ai fini dell’accertamento processuale della colpa generica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2012; DE FRANCESCO, *In tema di colpa: un breve giro d’orizzonte*, in *www.la-legislazione-penale.eu*, 5 febbraio 2020; PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, Napoli, 2020; CAPUTO, *La “regola di Sully”. L’incidenza del fattore umano sulla costruzione dell’homo eiusdem professionis et conditionis*, in *Criminalia*, 2022, 221 ss; PRANDI, *L’inesigibilità nel prisma della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 3, 1035 ss.

²¹ Su questi temi, vd. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 800 ss; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990; BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005; MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2011; CASTRONUOVO, *L’evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 4, 1594 ss; CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, 1, 21 ss; DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 137 ss nonché ID., *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2019; DI SALVO, *Principio di inesigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *Cass. Pen.*, 2020, 12, 4776 ss. Sulla riconducibilità dell’inesigibilità al versante della colpevolezza, vd. Cass., Sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8770, “Mariotti”.

²² In argomento, vd. VENAFRO – PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004; PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1, 41 ss; CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo. Tra paternalismo e legittimazione del potere punitivo*, Roma, 2012; DE FRANCESCO, *Interpersonalità dell’illecito penale*, in *Cass. Pen.*, 2015, 2, 854 ss; VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo*, Napoli, 2017; MASARONE, *L’attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale “per tipo di vittima”?*, in *www.archiviopenale.it*, 18 ottobre 2017.

²³ Vd. SAMMARCO, *Giustizia e social media*, Bologna, 2019; MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022; BERTOLINO, *La rappresentazione mediatica della giustizia penale: dalla narrazione del crimine a quella del processo*, in *www.discrimen.it*, 26 febbraio 2024.

che nel settore della responsabilità medica il legislatore, al dichiarato fine di contrastare il fenomeno della medicina difensiva (ossia, si potrebbe chiosare, la “paura della cura”), con le più recenti riforme, ha posto al centro del sistema norme comportamentali “accreditate”; senza voler entrare troppo in dettaglio, si può notare che queste iniziative hanno inteso garantire il raggiungimento dell’obiettivo attraverso una compressione della discrezionalità della magistratura (oltre che del personale sanitario nelle scelte di cura) e del ricorso a regole cautelari generiche, anche se la giurisprudenza si è affrettata a sottolineare come l’applicabilità degli *standard* di riferimento debba essere sempre vagliata di volta in volta, in ragione delle peculiarità del caso clinico e della sua mutevole multifattorialità, che rendono la regola comportamentale scritta tendenzialmente “elastica”²⁴.

La fluidità delle regole cautelari si registra, inoltre, come pure noto, nell’ambito della sicurezza stradale, atteso che gli artt. 140 e 141 del Codice della Strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285) impongono al conducente di adattare la propria condotta alle concrete esigenze di contesto²⁵.

²⁴ Su questi temi, nella davvero sterminata letteratura, vd., per le monografie, MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014; CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2018; DE LIA, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, Pisa, 2020; MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Napoli, 2021; POLI, *La colpa grave*, Milano, 2021, 76 ss; MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Genzano di Roma, 2021; CARRARO, *Il medico dinanzi al diritto penale*, Torino, 2022. Per i saggi, D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 5, 573 ss; CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. Pen.*, 2017, 5, 1765 ss; GAMBARDIELLA, *La responsabilità penale del medico: dal “ritaglio di tipicità” del decreto Balduzzi alla “non punibilità” della legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 303 ss; ALAGNA, *Le colpa penale del medico dinanzi alle Sezioni Unite: innovazioni, incertezze e perplessità*, in *Resp. civ. prev.* 2018, 3, 888 ss; RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell’imperizia “lieve” del medico*, in *Giur. it.*, 2018, 4, 948 ss; VALLINI, *Codifier l’incodificabile: la legge “generale e astratta” e l’irriducibile singolarità dell’atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida*, in *BioLaw.Journal - Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 183 ss; PROVERA, “Omnis definitio in iure”. *La responsabilità medica e la problematica distinzione tra i tipi di colpa generica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 4, 1355 ss; SCHIAVO, *La persistente imprevedibilità delle pronunce sulla colpa medica a due anni dall’entrata in vigore della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 5 ss; MERLI, *Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche certezza e tanti dubbi irrisolti*, in www.la-legislazione-penale.eu, 17 gennaio 2020; FORTI, *La responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie, tra “evidence based medicine” e medicina narrativa*, in *Studi sen.*, 2021, 1, 83 ss; MASSI, *Il problema della responsabilità penale del sanitario tra incertezze giurisprudenziali e insufficienze legislative*, in *Cass. Pen.*, 2024, 12, 4093 ss.

²⁵ PENCO, *Novità interpretative in tema di colpa “con violazione delle norme sulla disciplina della circo-*

Altro "locus" della colpa omissiva è, poi, quello della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ove ancor più forte è la tensione della *law in action* con le categorie e lo statuto delle garanzie penalistiche; particolarmente critica si rivela, in particolare, la dilatazione della responsabilità datoriale (oltre che di molti altri soggetti gravati del c.d. "debito di sicurezza"), per via del costante ricorso alla colpa generica e della svalutazione dei principi di affidamento ed autore-sponsabilità, con particolare riferimento alla frequente ipotesi dell'autoesposizione a pericolo da parte del lavoratore dipendente²⁶.

Quanto, in particolare, alla *malpractice* medica e alla *safety at workplace*, si è al cospetto di due settori "classici" del rischio, che mettono in risalto una enorme distanza rispetto agli *States*, ove il diritto penale è particolarmente ridotto, per via della limitazione della *criminal liability* a forme di *negligence* particolarmente grave (*gross negligence* o, addirittura, *recklessness*)²⁷; il che, giocoforza, devitalizza il ruolo della colpa generica in campo omissivo poiché,

lazione stradale, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 4, 510 ss; MENGHINI, *La riforma in tema di omicidio stradale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 1, 179 ss.

²⁶ In argomento, ex plurimis, vd. PIVA, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011; CASTRONUOVO-CURI-TORDINI CAGLI-VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016; BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020; MANNA (a cura di), *Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro*, Milano, 2023; CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Torino, 2024. Tra i contributi in rivista, FIANDACA, *In tema di posizione di garanzia nell'ambito della sicurezza sul lavoro*, in *Foro it.*, 2013, 6, 2, 363 ss; MASULLO, *Infortuni (mortalità) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro: ripristinato il primato del modello colposo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 8, 929 ss; FALCINELLI, *Atlante dei garanti e sicurezza sul lavoro. I doveri di informazione nella gestione del rischio*, in *Cass. Pen.*, 2014, 10, 3458 ss; MORGANTE, *Infortunio del lavoratore imprudente: quando il datore di lavoro non risponde*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 2, 201 ss; MARRA, *Doveri datoriali di cautela, autore-sponsabilità del lavoratore e personalità della responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 10, 1341 ss; A. NAPPI, *La responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro tra diritto vigente, diritto "vivente" e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. impresa*, 2017, 1, 49 ss; TELESCA, *Responsabilità penale del datore di lavoro per omesso intervento in presenza di prassi scorrette del lavoratore*, in *Cass. Pen.*, 2019, 12, 4417 ss; DE LIA, *La questione dell'autoesposizione a pericolo da parte della "vittima" nell'ambito degli infortuni sul lavoro: uno sguardo nel "giardino degli epiteti"*, in *Cass. Pen.*, 2019, 12, 4317 ss; VALBONESI, *Giustizia riparativa e tutela della salute e della sicurezza sul lavoro attraverso il delitto colposo*, in *Var. temi dir. lav.*, 2023, 4, 938 ss; DIAMANTI, *Lavori in appalto e infortunio "autoinflitto"*, in *Lav. nella giur.*, 2023, 10, 913 ss. Sul principio di affidamento e sulla portata esimente dell'autoesposizione a rischio, in generale, vd. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997; TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'aveute diritto*, Bologna, 2008, *passim*; CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato*, Torino, 2017.

²⁷ In argomento, vd. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, Torino, 2009; DE LIA, *Safety at workplace: un'introduzione al tema della sicurezza sui luoghi di lavoro negli Stati Uniti d'America*, in *Quotidiano legale*, 2024, 4, 38 ss.

chiaramente, l'osservanza di obblighi comportamentali scritti rende, di massima, la colpa omissiva *less culpable*.

Negli ultimi decenni, in Italia, il dibattito sull'illecito omissivo sembra essersi incentrato proprio sulla forma impropria (colposa) e, in particolare, sulla c.d. "causalità omissiva"²⁸ poiché, a fronte della proliferazione delle posizioni di garanzia normativamente previste, per far fronte alle crescenti esigenze della società del rischio (anche in termini di riallocazione delle conseguenze economiche delle attività produttive), la giurisprudenza, sulla scorta di alcune autorevoli impostazioni dottrinali (che tendevano, in qualche modo, a ridimensionare il grado di approfondimento del nesso eziologico necessario in ambito omissivo ai fini dell'ascrizione dell'evento)²⁹, aveva finito con il creare una logica epistemica "omissiva" (soprattutto nel settore della responsabilità medica e in quello della tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro), sbilanciando l'asse del processo sull'accertamento della violazione della norma comportamentale e mettendo in ombra l'eziologia della condotta, generando il fenomeno della c.d. "responsabilità da posizione".

Alimentata verosimilmente dall'arretratezza delle scienze applicate al processo (piuttosto che dallo scopo di assegnare un peso prevalente al disvalore cor-

²⁸ Del resto, i reati omissivi puri contemplati dal codice penale costituiscono un gruppo assai ristretto, mentre quelli previsti dalla legislazione complementare proliferano; si tratta, però, di massima, di illeciti di natura contravvenzionale o, comunque, sanzionati, generalmente, in modo blando.

²⁹ Il riferimento è a GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura oggettiva della fattispecie*, Milano, 1983, nonché a FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità per omissione*, in *Foro it.*, 1983, 2, V, 27 ss e ID., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 126 ss. Si tratta di una linea, più di recente, sposata anche da VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 4, 1679 ss, il quale ha sostenuto come nell'illecito omissivo improprio l'interprete, piuttosto che eseguire una rigorosa verifica della causalità materiale, dovrebbe accertare la violazione della regola comportamentale finalizzata a scongiurare l'offesa al bene giuridico tutelato. Non tanto distante è la posizione di chi, addirittura, ha proposto la valorizzazione della c.d. "perdita di chance": PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances"*, in *www.archiviopenale.it*, 22 agosto 2018. In argomento, si veda anche MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 4, 493 ss., secondo il quale la causalità in questo contesto andrebbe accertata soltanto *ex ante*, in termini di "causalità generale". Sul tema vd. anche BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex-ante-ex-post*, in *Cass. Pen.*, 2006, 10, 3219 ss. L'Autore, muovendo dalle indiscutibili peculiarità della ricostruzione della causalità omissiva, ha sostenuto: «si deve precisare che se non si è in grado di provare con certezza che con probabilità confinante con la certezza il comportamento osservante sarebbe stato inutile, non si può ritenere che l'evento non sia imputabile perché operante il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, visto che in assenza di tale "certezza" relativa alla efficacia impeditiva residuerà la mera possibilità o probabilità di diminuire il rischio, che è sufficiente a imputare un evento».

relato al sostrato psichico della condotta invece che alla sua portata lesiva) – come risaputo – questa visione, pian piano, è (giustamente) caduta sotto i colpi dell’elaborazione dottrinale³⁰ che, orientando la giurisprudenza, ha consentito di approdare, attraverso alcuni importanti arresti³¹, alla creazione (almeno in linea di principio) di uno statuto unitario della causalità, fondato sull’apprezzabilità *in rerum natura* degli effetti dell’omissione e sull’idea che difficoltà di ricostruzione processuale del nesso causale in tale contesto non possano riverberarsi – pena la violazione di plurimi paradigmi costituzionali – a danno dell’imputato³².

Si è detto “in linea di principio” proprio per rimarcare come la giurisprudenza, negli ultimi anni, pur professando l’adesione al suddetto modello unitario, non di rado, di fatto, è giunta a soluzioni divergenti, esprimendo massime come quella compendiata nella sentenza “Grandi rischi” (Cass., Sez. IV, 2 marzo 2016, n. 12748), per cui la responsabilità colposa omissiva «si configura non solo quando il comportamento diligente avrebbe certamente evitato l’esito antigiusuridico, ma anche quando una condotta appropriata aveva apprezzabili, significative probabilità di scongiurare il danno».

Nel contempo, in una rinnovata stagione dell’interpretazione giurisprudenziale, sempre meno vincolata alla *lex scripta* e protesa a colmare vuoti di tutela penale, si è assistito ad una espansione tipologica dell’illecito omissivo improprio, che ha finito con l’invadere cittadelle prima ritenute assolutamente inspiegabili, quale quella dei reati a condotta c.d. “a forma vincolata”. Valga rilevare, in proposito, come le Sezioni unite (Cass., Sez. un., 28 luglio 2025, n.

³⁰ *In primis* (come sottolineato anche da CENTONZE – ROTOLO, *A vent’anni dalla sentenza Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 4, 963 ss), quella di STELLA, *Giustizia e modernità: la protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001.

³¹ In particolare, Cass., Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, “Franzese”.

³² In argomento, con diversità di vedute, vd. SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, Torino, 2008; MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell’omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 528 ss; BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010; SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013; ASTORINA MARINO, *Causalità e fragilità epistemica: spunti per una riflessione sul valore normativo e politico criminale dei limiti del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 2, 447 ss; MANCA, *Molta colpa + poca causalità = condanna: crepuscolo di un “culto misterico” coltivato nell’ombra delle camere di consiglio*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 4, 1205 ss; PREZIOSI, *La causalità penale all’orizzonte della “scienza nuova”*, Napoli, 2021.

27515, “Valca”) hanno affermato³³ come l’epidemia colposa di cui all’art. 452 c.p. (ossia un reato tradizionalmente qualificato come a condotta vincolata, per l’appunto) ben potrebbe sostanziarsi anche attraverso condotta omissiva³⁴. Se da un lato, poi, la dottrina si è prodigata nella definizione degli obblighi di agire, distinguendo obbligazioni di controllo (che attengono al governo della fonte del pericolo), di protezione (che si rivolgono a singoli beni e a categorie di soggetti bisognosi di tutela), di sorveglianza (i quali incombono su soggetti tenuti a vigilare e a comunicare eventuali fatti lesivi) ed impeditive (che si sostanziano nel dovere-potere di influenzare il corso degli eventi o l’altrui condotta *contra ius*, in guisa tale da prevenire la lesione del bene giuridico. Proprio le obbligazioni impeditive/preventive sono quelle che, più esattamente, evocano il concetto di “posizione di garanzia”)³⁵, la giurisprudenza ha mostrato un approccio resiliente alle classificazioni.

Così, ad esempio, si tende a valorizzare (nel prisma delle aggravanti c.d. “lavoristiche” di cui agli artt. 589 e 590 c.p. e della responsabilità dell’ente collettivo) le regole cautelari poste a salvaguardia della sfera dei lavoratori come funzionali alla tutela anche di terzi, qualora questi si trovassero esposti al pericolo alla stregua del dipendente, ovvero sia in casi di contatto non occasionale con la fonte di rischio³⁶; il che, a ben considerare, costituisce il frutto di una trasfigurazione di obblighi di protezione in doveri di controllo, che è in crisi al cospetto del principio di legalità.

È pure risaputo come la giurisprudenza sia incline a dilatare eccessivamente la responsabilità omissiva dei membri del collegio sindacale, con l’effetto della trasformazione di obblighi di sorveglianza in impeditivi, ma anche, in ipotesi di soggetti che, rivestendo la carica, avessero agito con lassismo,

³³ Attraverso *overruling*; cfr. Cass., Sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 9133.

³⁴ *Contra*, A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, tomo II, *reati di comune pericolo mediante frode*, in Trattato di diritto penale diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, vol. IX, Milano, 2013, 213 ss. Sulla necessità di verificare, senza apriorismi, l’estensione semantica delle norme incriminatrici, al fine di ricavarne la configurabilità dell’omissione impropria, vd. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 57.

³⁵ Vd., nella manualistica, PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2017, 203 ss. In argomento, vd. anche PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societari e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 40 ss.

³⁶ Cfr. Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, intervenuta sul c.d. “disastro di Viareggio”.

dell'edificazione di una responsabilità concorsuale dolosa "anomala" (per via del ricorso al concetto di "segnali d'allarme" e al *dolus eventualis*, ricostruito, però, in deroga ai canoni generali), con riferimento a comportamenti che, a rigore, sarebbero qualificabili come colposi³⁷.

Per altro verso, il (già richiamato) fenomeno della proliferazione delle posizioni di garanzia e la portata dell'art. 113 c.p. (cui la giurisprudenza, oramai, riconosce, forse non a torto, una capacità incriminatrice autonoma), hanno determinato la progressiva estensione delle responsabilità sull'*idem factum*, ampliando l'intervento penale nel contesto dell'illecito colposo/omissivo, con risvolti potenzialmente critici al cospetto del principio di colpevolezza e del divieto di responsabilità per fatto altrui, costituzionalmente sanciti³⁸.

In questo contesto, si avverte, allora, l'esigenza di una riflessione comparata con il diritto penale statunitense, ove la disciplina in materia di responsabilità omissiva, così come l'elaborazione dottrinale che l'accompagna, risultano ancora relativamente poco conosciute in Italia, nella misura in cui la scienza penalistica nazionale ha rivolto, finora, la propria attenzione soprattutto a sistemi giuridici a noi più prossimi, geograficamente e culturalmente.

2. *Alle origini della omission liability.* Agli albori della *common law* inglese l'illecito penale omissivo fu oggetto di una scarsissima attenzione da parte della dottrina e, per il vero, le corti riconobbero solo sporadicamente la *liability* per omissione, mostrando una chiara riluttanza a concepirla³⁹.

³⁷ In argomento, vd. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, op. cit.; MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 2000, 1, 47 ss; MASUCCI, *"Fatto" e "valore" nella definizione del dolo*, Torino, 2004, 21 ss; CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009; MEZZETTI, *Criteri oggettivi e soggettivi*, in Ambrosetti-Cocco-Mezzetti, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 108 ss; ALESSANDRI-SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, vol. I, *I principi generali*, Torino, 2018, 81 ss; DE LIA, *Colpevolezza nella responsabilità del sindaco per fatti di bancarotta fraudolenta per distrazione commessi dagli amministratori: l'insostenibile leggerezza dimostrativa dei "segnali d'allarme" rispetto alla responsabilità per dolo eventuale*, in *Giust. pen.*, 2018, 10, II, 533 ss; N. MAZZACUVA, *Ancora qualche riflessione in tema di responsabilità penale dei membri del collegio sindacale*, in *Dir. dif.*, 2022, 1, 39 ss.

³⁸ BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023, 150 ss.

³⁹ AA.VV. *The failure to rescue: a comparative study*, in *Columbia Law Review*, 1952, 5, 631 ss; «in principio, nella *common law*, le corti inglesi erano concentrate sull'illecito commissivo, mentre l'omissione costituiva un tema eccessivamente complicato per essere affrontato. Successivamente, la forma omissiva cominciò ad apparire in sporadiche previsioni statutarie, ma l'ansia di punire la viola-

Edward Coke, nel suo *Third Institute*, parte dell'opera *Institute of the lawes of England*, pubblicata a metà '600, riteneva che l'azione, unica forma di condotta apprezzabile dal punto di vista fisico-naturalistico, fosse un elemento indefettibile della struttura dell'illecito penale, tanto è vero che l'Autore indicò il *treason* (tradimento) come eccezione a questa regola generale.

Successivamente, in *Pleas of the Crown*, di William Hawkins, pubblicato nel 1716, vennero descritte alcune fattispecie omissive, componenti *illo tempore* un ristretto catalogo⁴⁰. Tra queste, in particolare, l'Autore analizzò le c.d. "*common nuisance*" (illeciti consistenti nella causazione di *inconvenience* e *annoyance* a danno della collettività), ovverosia reati minori contro l'ordine pubblico e la tranquillità collettiva (*breach of the peace*)⁴¹, rilevando come tali reati potessero essere commessi «sia attraverso azione che crei fastidio, sia mediante il non fare qualcosa che il bene comune imporrebbe» (c.d. "*non-feasance*")⁴².

Hawkins, inoltre, riconobbe la possibilità di configurare la *common law liability* per omicidio doloso in ipotesi omissive: «anche chi deliberatamente omet-

zione di un obbligo di agire si manifestò, comunque, assai lentamente nel panorama legale. La responsabilità omissiva cominciò ad essere riconosciuta con maggior frequenza nell'ambito dell'esercizio delle professioni, nel contesto di casi giudiziari civili, estendendosi poi, più generalmente, alla *breach of contract*. La tendenza delle corti a limitare la responsabilità a condotte attive si giustifica per via dell'idea individualistica alla base della *common law*: si pensava che gli individui potessero e dovessero badare a loro stessi, mentre l'imposizione di una responsabilità civile o penale per il non essersi attivati nell'interesse altrui veniva considerata come un'insopportabile intrusione nella sfera di libertà dei consociati. La filosofia individualista, probabilmente rafforzata dall'emergere del capitalismo, nonché la forza del precedente furono largamente responsabili del lungo perpetrarsi della linea per cui non avrebbe potuto riconoscersi la responsabilità in relazione all'omissione».

⁴⁰ Su cui, vd. anche STROUD, *Mens rea. Or, imputability under the law of England*, London, 1914, 155; HUGHES, *Criminal omissions*, in *The Yale LJ*, 1958, 2, 590 ss.

⁴¹ Su queste figure, vd. SAYRE, *Public welfare offenses*, in *Columbia Law Review*, 1933, 1, 55 ss; SPENCER, *Public nuisance. A critical examination*, in *The Cambridge LJ*, 1989, 1, 55 ss; MCRAE JR., *The development of nuisance in the early common law*, in *Florida Law Review*, 2021, 1, 27 ss; MULLENIX, *Public nuisance: the new mass tort frontier*, Cambridge, 2023; KENDRICK, *The perils and promise of public nuisance*, in *The Yale LJ*, 2023, 4, 705 ss. Il concetto di "tranquillità pubblica", secondo quanto rilevato da A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, tomo I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, in Trattato di diritto penale diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, vol. IX, Milano, 2008, 16 ss, venne impiegato anche in Italia, nella metà dell'800, per definire una vasta serie di illeciti penali aventi ad oggetto interessi superindividuali.

⁴² Nel linguaggio giuridico angloamericano, con il termine "*malfeasance*" si indica un comportamento anti-giuridico attivo, con "*misfeasance*" una condotta difforme da quella dovuta e con "*nonfeasance*", per l'appunto, l'omissione rispetto ad un dovere imposto. In argomento, vd. ABRAHAM-KENDRICK, *There's no such thing as affirmative duty*, in *Iowa Law Review*, 2019, 4, 1649 ss.

te di prevenire un danno, che potrebbe e dovrebbe evitare, è, come alcuni hanno affermato, secondo il giudizio della legge, la causa effettiva del danno che ne consegue; quindi, se un uomo possiede un bue o un cavallo, che sa essere dannoso perché incorna o colpisce chi gli si avvicina, e non lo lega, ma lo lascia libero e così uccide un uomo, secondo alcune opinioni, essendone proprietario, ben potrebbe essere incriminato per omicidio; ciò in accordo con la legge mosaica. Per senso comune, una persona del genere è certamente colpevole di un reato gravissimo»⁴³.

Molti Autori, già dal XVIII secolo, dunque, cominciarono ad ammettere che alcuni illeciti, quali, per l'appunto, l'omicidio, potessero essere realizzati attraverso il *failure to act*⁴⁴ e, nella prima decade del secolo successivo, Edward Hyde East, nel suo *Treatise of pleas to the Crown* (del 1806) scrisse: «gli incidenti accadono frequentemente tra le persone che svolgono le loro legittime occupazioni. Se hanno avuto contezza del pericolo e ciononostante hanno omesso di fornire agli altri un avvertimento, si tratterà di omicidio doloso (*murder*). Se l'atto è stato tale da poter generare un pericolo e questi soggetti hanno trascurato le normali precauzioni, si tratterà di omicidio colposo (*manslaughter*), a causa di tale negligenza; occorre tenere debitamente conto della natura dell'occupazione e della probabilità del pericolo; se questa è particolarmente remota, è plausibile che la morte sia frutto di un caso fortuito (*misadventure*)».

Fino all'800, la dottrina inglese (così come, per il vero, quella italiana)⁴⁵, comunque, sostanzialmente trascurò l'illecito omissivo⁴⁶, soprattutto sotto il profilo della causalità⁴⁷. In ordine alla *ancient doctrine* si è osservato, peraltro, che l'omissione fosse considerata come una vera e propria eccezione alla re-

⁴³ Verosimilmente, il richiamo al testo biblico deve intendersi a Esodo, 21:29, ove è scritto: «se già da tempo il bue era solito attaccare e il padrone è stato avvertito, ma non lo ha tenuto rinchiuso e il bue ha ucciso un uomo o una donna, il bue sarà lapidato e il suo padrone pure sarà messo a morte».

⁴⁴ Vd., già, HALE, *The history of pleas of the Crown*, vol. I, London, 1736, 430; BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, vol. IV, *public wrongs*, London, 1769, § 197. In argomento, vd. LEAVENS, *A causation approach to criminal omissions*, in *California LR*, 1988, 3, 547 ss.

⁴⁵ Vd. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, 524.

⁴⁶ Vd., ad esempio, STEPHEN, *A digest of the criminal law*, London, 1894.

⁴⁷ KIRCHHEIMER, *Criminal omissions*, in *Harvard LR*, 1942, 4, 615 ss, che sottolineò come inizialmente gli autori si preoccuparono, senmai, di giustificare la responsabilità omissiva sotto il profilo della *legality* e della meritevolezza di pena.

gola, anche per via della circostanza che le ipotesi di *duty to act*, ossia gli obblighi di agire previsti dalla legge, cui la giurisprudenza precocemente aggan- ciò la *omissive liability*, componessero un insieme particolarmente ridotto⁴⁸.

In uno dei manuali all'epoca più diffusi, peraltro, John Austin aveva accolto una nozione di “*act*”, perno della *criminal liability*, tale da non poter ricom- prendere l'*omission* («*act is a motion of the body consequent upon a deter- mination of the will*»)⁴⁹.

Dopo la metà del XIX secolo, una serie di interventi normativi, però, intro- dussero a sistema illeciti penali in vari settori, quale quello della produzione di alimenti e dei medicinali, il commercio, la circolazione stradale; tali nuove figure, in particolare, vennero costruite, superando la tradizione di *common law*, come *strict liability offenses*, ovverosia come figure (anche denominate “*quasi-crimes*”) rette dalla responsabilità oggettiva, prescindendosi dalla *mens rea* e aprendo alla *vicarious responsibility* (*id est*, per fatto altrui, da cui ebbe, poi, origine la *corporate criminal liability*)⁵⁰.

La giurisprudenza inglese, allora, con lo sviluppo dell'economia e dei traffici, cominciò ad essere impegnata con una certa frequenza su questa tipologia di illeciti, giungendo, attraverso una serie di pronunce, a ritenere che taluni di essi, seppur descritti sulla logica dell'azione, potessero essere realizzati anche tramite omissione.

Così, ad esempio, in *Regina v. Woodrow*, 15 M. & W. 404 (Exch. 1846), fre- quentemente citata dalla dottrina e dalle corti come *landmark case* (nella pro- spettiva dell'apertura ordinamentale tanto alle *strict liability offenses*, quanto alla configurabilità dell'illecito in forma omissiva), venne affermata la respon- sabilità di un commerciante di tabacco per la messa in vendita di prodotto adulterato; ciò essendosi statuito come la *liability* potesse integrarsi, lato ogget-

⁴⁸ TURNER, *Kenny's outlines of criminal law*, Cambridge, 1966, 19. Sul tema, vd. anche HOLMES, *The common law*, Boston, 1881, 54 ss.

⁴⁹ AUSTIN, *The province of jurisprudence determined*, London, 1869, 376. Ciò secondo una linea se- guita, in America, da HOLMES, *The common law*, op. cit., 91.

⁵⁰ EDGERTON, *Corporate criminal responsibility*, in *Yale LJ*, 1927, 6, 827 ss; MUELLER, *Mens rea and the corporation*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1957, 1, 21 ss; BRICKLEY, *Corporate criminal accountability: a brief history and an observation*, in *Washington University Law Quarterly*, 1982, 2, 393 ss. Nella letteratura nostrana, vd., *ex multis*, DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002; DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in *Responsabilità da reato degli enti*, a cura di Lattanzi e Severino, vol. I, *diritto sostanziale*, Torino, 2020, 4 ss.

tivo, rispetto ad una fattispecie delineata dal legislatore secondo il paradigma della condotta attiva, anche per via dell’omissione di un’accurata verifica della merce, che il *defendant*, in effetti, aveva acquistato, nell’occasione, da terzi a fronte di esplicita garanzia della genuinità del prodotto, allorquando, ad un controllo, esso era risultato, invece, adulterato. Si tratta di un pronunciamento che, a ben considerare, si è retto su un chiaro *misunderstanding* sulla natura della condotta materialmente posta in essere dal *defendant* (che era di tipo attivo) ma che, comunque, sembra aver dato il via alla configurabilità, si potrebbe sostenere, della “commissione mediante omissione”.

Quanto alle ipotesi di *indirect omission* (omissione impropria), con particolare riferimento all’omicidio, le corti, poi, cominciarono ad abbozzare i primi approfondimenti sulla *causality*, allorquando l’arretratezza delle scienze applicate al *trial* favorì, in ogni caso, soluzioni assolutorie quale quella sposata da *Regina v. Morby*, 15 Cox C.C. 35, 38 (K.B. 1882), su di un caso di un genitore che era stato accusato di non aver evitato la morte del proprio figlio, affetto da vaiolo, per non aver richiesto – per motivi religiosi – l’intervento di un medico, poiché non era stata raccolta prova sufficiente che esso si sarebbe rivelato salvifico⁵¹.

In ordine al *duty to act*, con la progressiva positivizzazione di obblighi della più varia natura, la giurisprudenza, nel contesto di orientamenti assai ondivaghi, nel XIX secolo, con taluni arresti riconobbe la *omissive liability*, oltre che con riferimento a rapporti familiari (in ordine alla c.d. “*duty to provide*”)⁵², alla *breach of contract*⁵³, alla violazione di un’obbligazione assunta unilateralmente (*duty arising from voluntary assumption of care*)⁵⁴, nonché per via

⁵¹ Sul *duty to act* promanante dal rapporto genitoriale vd. anche, ad esempio, *Regina v. Bubb*, 4 Cox Cr. Cas. 455 (Oxford Cir. 1851); *Regina v. Conde*, 10 Cox C.C. 547 (N.P. 1867).

⁵² *Regina v. Smith*, 8 Cur. & P. 153 (1837); *Regina v. Wagstaffe*, 10 Cox C.C. 530 (Eng. 1868); *Regina v. Hines*, 80 Cent. Cr. 309 (Eng. 1874); *Regina v. Senior*, 19 Cox C.C. 219 (Eng. 1898); *Regina v. Instan*, 17 Cox Cr. Cas. 602 (Cr. Cas. Res. 1893). Secondo una credibile ricostruzione, gli obblighi incombenti sui familiari ebbero origine in Inghilterra non dall’idea solidaristica, bensì dall’interesse pubblico di evitare che i costi di assistenza fossero “ribaltati” dal nucleo familiare alla collettività. Vd. BOHLEN, *Studies in the law of torts*, Indianapolis, 1926, 302.

⁵³ Vd., ad esempio, *Rex v. Friend* (1802), Russ. & Ry. 20, 168 Eng. Rep. 662, su di un caso di violazione dei doveri promananti dal contratto di lavoro subordinato e, in particolare, di apprendistato.

⁵⁴ *Regina v. Simon Marriott*, 8 Car. & P. 425, 173 Eng. Rep. 559 (1838), con cui l’imputato venne condannato per omicidio colposo per aver fatto mancare i mezzi di sussistenza ad un’anziana donna di cui

dell'omessa rimozione di una situazione di pericolo da parte del soggetto che l'avesse attivata⁵⁵.

Quanto all'elemento psichico, le corti inglesi non svilupparono particolari approfondimenti e, con riguardo ai reati di omicidio, le soluzioni sposate in ordine alla qualificazione del fatto in termini di *murder* o di *manslaughter* spesso furono accompagnate da stringati apparati motivazionali, come nel caso *Rex v. Gibbins and Proctor*, 13 Crim. App. R. 134 (1918), con cui una donna venne riconosciuta responsabile di omicidio volontario per non aver prestato adeguati mezzi di sussistenza ad una bambina che le era stata affidata dietro compenso, morta di stenti.

In Inghilterra, nell'800, inoltre, si generò un ampio dibattito in tema di *general duty to rescue*⁵⁶, ossia di un obbligo di soccorso generalizzato, in cui alle tesi utilitaristiche/solidaristiche proposte da Jeremy Bentham in *Introduction to the principles of morals and legislation* (pubblicato per la prima volta a Londra nel 1789) si contrapposero quelle di molti giuristi, che mossero dalla necessità di separare morale (o precetti religiosi) e diritto⁵⁷ e, soprattutto, di esaltare le libertà individuali, tanto è vero che ancor oggi non è sancita una *general duty to play the good Samaritan* (ovverosia un obbligo generalizzato di soccorrere terzi che versassero in condizioni di pericolo)⁵⁸.

Ciò su di una linea già segnata da importati e risalenti *cases law*, come ad esempio *Regina v. Coney*, 8 QBD 534 (1882), con cui si ritenne esente da responsabilità un soggetto che aveva assistito ad una *bare knuckle fight* a seguito

il *defendant* aveva assunto volontariamente e gratuitamente la cura. Vd. anche *Regina v. Nicholls* (1874) 13 Cox CC 75, per l'assunzione del *duty to provide* c.d. "*in loco parentis*" («se una persona sceglie di prendersi cura di un'altra che non sia autosufficiente, per età, stupidità o malattia, ella diviene obbligata a portare a termine il proprio compito con diligenza, poiché omettendo di porre in essere il comportamento dovuto può rispondere di omicidio colposo»).

⁵⁵ Vd. *Regina v. Swindall and Osborne* (1846) 2 C and K 230, con la quale venne riconosciuta la responsabilità di un soggetto che, ubriaco, aveva ingaggiato una corsa di carri trainati da cavalli, nel corso della quale l'avversario aveva investito un anziano pedone. Ciò essendosi rilevato come l'interessato, avendo comunque contribuito alla creazione di un *hazard*, avrebbe dovuto fermarsi e soccorrere il malcapitato.

⁵⁶ Su cui vd., nella dottrina italiana, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. II, Padova, 1988, 1094 ss.

⁵⁷ Su questi temi, vd. STEPHEN, *The criminal law of England*, London - Cambridge, 1863, 82, 90, 99, 101.

⁵⁸ Vd. WILLIAMS, *Textbook of criminal law*, a cura di Baker, London, 2015, 261. Per una critica a tale scelta, vd. ASHWORTH, *The scope of criminal liability omission*, in *The Law Quarterly Review*, 1989, 3, 424 ss.

della quale erano scaturite lesioni a carico di uno dei gareggianti.

Ad ogni modo, per tutto l'800 la *omissive responsibility* rimase confinata in ambiti alquanto angusti; in proposito occorre osservare che nel contesto inglese lo scetticismo in ordine alla configurabilità dell'illecito omissivo è stato tradizionalmente alimentato da due, principali fattori: come taluno ha evidenziato, in particolare, l'obbligo di attivarsi, su cui si fonda tale forma di *liability*, si porrebbe tendenzialmente in contrasto con il principio libertario che sarebbe a fondamento dello stato moderno, in termini di divieto di ingerenza pubblica nella sfera dei consociati⁵⁹; per altri, invece, tale idiosincrasia troverebbe la propria radice nella circostanza che, di massima, la condotta omissiva mostrerebbe un disvalore sociale minore rispetto a quella attiva⁶⁰.

Sicché, per lungo tempo gli studiosi della materia hanno continuato a trascurare la dogmatica dell'omissione; ancor oggi, nel panorama inglese, del resto, la dottrina è divisa tanto sulla possibilità di ammettere la *omissive liability* rispetto a fattispecie costruite dal legislatore come a condotta attiva quanto sulla legittimità delle *pure omission* (o *omissive offenses*)⁶¹.

Non è un caso, quindi, che anche nella manualistica contemporanea, in tema di *actus reus* e di *conduct element*, si affermi, sull'idea che la *criminal law* avrebbe lo scopo di contrastare il male piuttosto che di promuovere il bene, come il comportamento penalmente rilevante sarebbe, di massima, di tipo attivo, mentre l'omissione costituirebbe una sorta di «rilevante eccezione rispetto al requisito del movimento corporeo quale fondamento della responsabilità penale»⁶².

3. *Dalla common law inglese al diritto penale statunitense.* Quando gli inglesi iniziarono a fondare le colonie nel continente nordamericano, a partire dal XVII secolo (con Jamestown, in Virginia, nel 1607), portarono con sé le isti-

⁵⁹ Sul complicato rapporto tra liberalismo e illecito omissivo vd. anche, nella dottrina italiana, GALIANI, *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980, *passim*.

⁶⁰ Tra questi, vd. HONORÉ, *Are omissions less culpable*, in *Essays for Patrick Atiyah*, a cura di Cane-Stapleton, Oxford, 1991, 31 ss.

⁶¹ Su questi argomenti vd., ampiamente, ASHWORTH, *Positive obligations in criminal law*, Oxford, 2015.

⁶² CHILD-ORMEROD, *Essentials of criminal law*, Oxford, 2019, 41. Per un'analisi delle evoluzioni teoriche, con ampi riferimenti anche alla giurisprudenza inglese, vd. MCCUTCHEON, *Omissions and criminal liability*, in *Irish Jurist*, 1995, 1, 56 ss.

tuzioni, le pratiche e le leggi del sistema giuridico della madre patria, la *common law*, sviluppatasi nei secoli precedenti in Inghilterra.

Così, nei territori d'oltreoceano si stabilirono dei sistemi giuridici fondati sul diritto consuetudinario e sui precedenti giurisprudenziali delle corti inglesi, nonché, nel settore della *criminal law*, sulla tradizionale distinzione tra *felonies* e *misdemeanors*, su di un ampio ricorso alla *death penalty* e alle pene corporali, ma anche sulle note garanzie dell'*habeas corpus*, del processo con giuria e della presunzione di innocenza.

In ogni caso, sulla base della c.d. "*lex loci*", il diritto venne presto adattato a peculiarità di contesto che, poi, alimentarono l'adozione precoce di nuovi *corpora* normativi.

Dopo la Dichiarazione di Indipendenza, del 1776, le *ex* colonie divennero Stati sovrani e cominciarono a adottare carte costituzionali e statuti propri, avviando un processo di "umanizzazione" della *criminal law*, con la riduzione delle ipotesi punibili con pena capitale, l'abolizione delle pene corporali, l'introduzione della pena carceraria.

Le corti americane, ad ogni modo, in contesti non esplicitamente disciplinati dalla *lex scripta*, continuarono a impiegare la *common law* inglese, che costituì, per di più, una base imprescindibile per l'interpretazione dei nuovi statuti, adottati dai singoli Stati⁶³.

Negli *States*, così come in Inghilterra, la *omission responsibility* inizialmente trovò, allora, un assai limitato campo applicativo. Si è osservato: «nello sviluppo dei nostri sistemi giuridici, l'azione ha storicamente giocato un ruolo prominente rispetto alla mera omissione. Difatti, nella tradizione di *common law* le obbligazioni di agire a vantaggio degli altri erano eccezionali o, si potrebbe sostenere, anomale. Allorquando cominciarono ad apparire *affirmative duties* in correlazione con le previsioni a tutela della tranquillità pubblica, tali obblighi vennero stabiliti non per la generalità dei consociati, bensì in base a specifiche qualifiche soggettive. Nell'Ottocento, gli obblighi di agire diven-

⁶³ Su questi temi, nella davvero sterminata letteratura, vd. REINSCH, *English common law in the early American colonies*, Clark, 2004; NELSON, *The common law in colonial America*, Oxford, 2008; WHITE, *Law in American history*, vol. I, *from the colonial years through the civil war*, Oxford, 2012. Nella letteratura penalistica più risalente, vd. CLARK-MARSHALL, *A treatise on the law of crimes*, Chicago, 1912, 19 ss.

nero, poi, più numerosi ed estesi alla collettività. Ciò nonostante, prevalse nel pensiero giuridico la *old primary idea*, per cui la responsabilità penale per *omission* dovesse rimanere limitata, sulla base della libertà da ingerenze statuali, che permeava il *Bill of Rights*. La legge penale è stata vista come uno strumento per proteggere la libertà individuale, cui sarebbe stato funzionale un sistema che prevedesse soprattutto *negative duties*»⁶⁴.

Talché, la *criminal liability* con riferimento a condotte omissive iniziò a rappresentare oggetto di un seppur scarno dibattito – così come in Inghilterra – proprio allorquando cominciarono a proliferare, nella seconda metà del XIX secolo, gli illeciti statutari aventi ad oggetto interessi pubblici o collettivi, ovverosia le c.d. “*welfare offenses*”, che vennero introdotte a sistema in relazione alle più varie attività produttive e per prevenire i rischi promananti dalle emergenti attività industriali⁶⁵, tra cui figuravano fattispecie *purely omissive*⁶⁶; parallelamente, vennero progressivamente positivizzate regole cautelari, correlate a specifici settori, nonché, seppur più di rado, impartite per l’intera collettività, impositive di obblighi di *agere*⁶⁷.

Sicché, pian piano, il *duty to act* cominciò ad assumere una posizione di maggior rilievo nel diritto penale statunitense, atteso che le corti iniziarono a sviluppare alcuni *focus* su vari profili del complesso edificio dell’illecito omissi-

⁶⁴ SNYDER, *Liability for negative conduct*, in *Virginia Law Review*, 1949, 4, 446 ss.

⁶⁵ LARKIN, *Regulatory crimes and the mistake of law defense*, in *www.heritage.org*, 9 luglio 2015.

⁶⁶ Frequentemente strutturate come fattispecie a responsabilità oggettiva. Vd. BROWN, *Public welfare offenses*, in *The Oxford handbook of criminal law*, a cura di Dubber-Hörnle, Oxford, 2014, 862 ss; DYSON, *Explaining tort and crime*, Cambridge, 2022, 279 ss. Nella letteratura nostrana, vd. CADOPPI, voce *Strict liability*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1993, 20 ss (spec. 23 ss).

⁶⁷ REED – SARAHNE, *Anglo-American perspectives on omissions liability: theoretical and substantive contours of criminalization and optimal reform pathways*, in *Journal of International and Comparative Law*, 2021, 1, 205 ss. In argomento, vd. anche CRYTZER, *Homicide by nonfeasance*, in *Dickinson Law Review*, 1937, 1, 126 ss: «nei vecchi tempi, alcuni atti e omissioni erano considerati penalmente irrilevanti, tenendo conto della scarsità della popolazione, i caratteri della proprietà privata e dell’economia. Poi, non appena la popolazione cominciò ad aumentare e si implementarono i traffici, molti di questi comportamenti cominciarono ad essere ritenuti lesivi per la collettività e la necessità di garantire il buon governo della società e la protezione di valori fondamentali come la vita e la proprietà spinse all’adozione di specifiche normative. Sono stati criminalizzati, così, molti atti e omissioni che prima rientravano nel solo contesto dell’illecito civile, come attestano molte norme relative al settore del trasporto ferroviario, all’esercizio delle industrie, alle miniere e più in generale alle attività produttive. Si tratta di vasti processi normativi che hanno reso non più necessario andarsi ad interrogare su cosa fosse penalmente rilevante nella *common law*».

vo⁶⁸.

Quanto al *duty to act*, la scienza penalistica statunitense presto individuò come base della *liability* la c.d. “*impossibility defense*” (che evoca il brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*)⁶⁹, che, facendo leva sulla *feasibility*, riecheggia il concetto nostrano di inesigibilità e che, in tempi moderni, è stata impiegata dalle difese, ad esempio, nel contesto di illeciti penal-tributari che hanno ad oggetto l’omesso versamento delle imposte, nonché delle somme dovute a titolo di mantenimento dei familiari, frequentemente costruiti sulla logica della *strict liability*, in base alla quale la responsabilità penale risiederebbe nella mera violazione della norma, non dovendo l’accusa dimostrare il ricorrere degli elementi che compongono la *mens rea*, restando a carico del *defendant*, semmai, l’onere di provare la non rimproverabilità, sul piano soggettivo, della condotta stessa.

Ciò rinnegando l’idea che nelle *pure omission offenses* possa prescindersi, ai fini dell’addebito, dell’accertamento della sussistenza di un autentico elemento psichico e che ci si possa arrestare alla verifica della mera coscienza e volontà del *non agere*.

Così, ad esempio, in *People v. Likine*, 492 Michigan 367, 823 N.W.2d 50 (2012), la Corte suprema del Michigan, intervenendo, per l’appunto su un’accusa di *failure to pay a court-ordered child support*, ha stabilito: «è comunemente condiviso che nelle accuse aventi ad oggetto reati retti dalla *strict liability* l’imputato possa difendersi dimostrando come l’*actus reus* sia involontario. Si tratta dei casi in cui l’azione sia il frutto di riflessi condizionati, spasmi, crisi epilettiche e movimenti corporei non voluti. Oltre a questi elementi, si deve tenere in debita considerazione l’ipotesi, più ampia, dell’impossibilità, che ha valore esimente sin dalla *common law* inglese. In base a tale *defense* un soggetto che è impossibilitato a adempiere rispetto ad un obbligo sancito dalla legge non risponde di omissione, essendo scusato. Un legislatore, del resto, non può far derivare una responsabilità da un atto

⁶⁸ HUGHES, *Criminal omissions*, op. cit.

⁶⁹ Il termine “*defense*” sta ad indicare un elemento esimente che l’accusato ha l’onere di dedurre e, secondo varie sfumature, dimostrare nel corso del giudizio. Tale concetto richiama, allora, tanto le cause di giustificazione (*justification*) quanto le *excuses* (scusanti). In argomento vd., nella letteratura italiana, GRANDE, voce *Justification and excuse*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 309 ss.

impossibile da compiere. Certamente l'impossibilità non esclude sempre la responsabilità omissiva, poiché a tal fine occorre verificare che l'imputato non si sia messo volontariamente o colposamente nella condizione di non poter adempiere. Nelle omissioni di pagamento, l'interessato deve dimostrare di non aver avuto la possibilità di adempiere ma anche di aver compiuto tutti gli sforzi ragionevoli per farlo. Talché l'*impossibility defense* è utilmente esperibile in situazioni eccezionali. L'imputato, pertanto, deve dimostrare di essersi attivato con diligenza, poiché se del caso egli deve ritenersi anche tenuto a liquidare il proprio patrimonio per ottemperare all'obbligo, il cui inadempimento non è certo scusabile laddove egli abbia impiegato le risorse disponibili per altre spese, soprattutto se voluttuarie. Si deve anche tener conto del fatto che il soggetto gravato abbia agito nel passato con prudenza, adottando ragionevoli precauzioni per non trovarsi in condizioni di indisponibilità a fronte di imprevisti». Ciò, dunque, secondo una linea che, a ben considerare, è assimilabile a quella seguita dalla giurisprudenza nostrana su fattispecie analoghe (che sono configurate, però, come illeciti dolosi)⁷⁰.

In argomento, occorre rimarcare come negli *States* sia generalmente ricono-

⁷⁰ Vd., in ordine al delitto di cui all'art. 570 c.p., Cass., Sez. VI, 20 marzo 2025, n. 16658. Sulla medesima fattispecie e su quella attualmente disciplinata dall'art. 570-bis c.p. vd. Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2023, n. 12718. Quanto ai reati di omesso versamento delle ritenute e dell'IVA, di cui agli artt. 10-bis e 10-ter del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, si rammenta che il legislatore, con il d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87 ha introdotto una specifica causa di non punibilità nel corpo dell'art. 13 che, al nuovo co. 3-bis stabilisce che i fatti non «sono punibili se il fatto dipende da cause non imputabili all'autore sopravvenute, rispettivamente, all'effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'imposta sul valore aggiunto. Ai fini di cui al primo periodo, il giudice tiene conto della crisi non transitoria di liquidità dell'autore dovuta alla inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi o al mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di amministrazioni pubbliche e della non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi». Ciò, evidentemente, al fine di correggere degli orientamenti giurisprudenziali che, in passato, si erano rivelati alquanto severi. In argomento, vd. DE LIA, *Brevi riflessioni in ordine alla rilevanza penale dell'omesso versamento dell'IVA e delle ritenute*, in *Riv. dir. tribut.*, 2017, 3, 3, 55 ss; FLORA, *“Non avrai altro creditore all'infuori di me”*. *Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 3-4, 553 ss; A. PERINI, *Crisi di liquidità e reati tributari*, in *Riv. dir. tribut.*, 2020, 4, 3, 129 ss; TOSCANO, *Crisi di liquidità e delitti di omesso versamento*, in *Dir. prat. trib.*, 2023, 2, 549 ss. Più in generale, si può osservare che nel sistema italiano le criticità sollevate dagli orientamenti giurisprudenziali su figure omissive dolose deriva dalla circostanza che non di rado si approda all'ascrizione della responsabilità in fattispecie concrete ove il comportamento dell'imputato presenta, a ben considerare, caratteri più prossimi alla colpa, come nel caso del soggetto che avesse determinato la propria incapacità di adempiere attraverso iniziative imprudenti. Talché, in prospettiva *de lege ferenda*, non sarebbe forse inopportuno che il legislatore, piuttosto che indurre la giurisprudenza a colmare vuoti di disciplina attraverso forzature, ridisegnasse siffatte figure attraverso l'estensione della tipicità, per l'appunto, ad ipotesi colpose.

sciuto che il requisito minimo e indispensabile per l'ascrizione della responsabilità penale, tanto nelle *mens rea offenses* quanto nelle figure rette da responsabilità oggettiva, sia rappresentato dalla *voluntariness*, concetto, questo sovrapponibile alla nostrana *suitas*⁷¹ e che sta a significare, in estrema sostanza, che (così come nel contesto dell'art. 42, co. 1 c.p.), la condotta punibile è quella realizzata con "coscienza e volontà", dovendosi escludere, dunque, le ipotesi in cui il soggetto abbia ommesso di attivarsi per l'influenza di fattori non vincibili, ossia qualora difetti il dominio della volontà⁷².

⁷¹ Sul concetto di *suitas*, vd. ANTOLISEI, *Sul concetto dell'azione del reato*, in *Riv. pen.*, 1925, 1, 505 ss nonché ID., *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, e ID., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1991, 298 ss; BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, 62 ss; CARACCIOLI, voce *Omissione*, in *Nov. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, 895 ss; MANNA, voce *Coscienza e volontà*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1987, 1 ss; D'ASCOLA, voce *Costringimento fisico*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1987, 1 ss; BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, 1995; FERRANTE, *La suits nel sistema penale italiano*, Napoli, 2010. Più di recente, vd. LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Torino, 2013, 374 ss; GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Torino, 2016, 276 ss; COCCO, *Fatto tipico*, in *Trattato breve di diritto penale*, diretto da Cocco e Ambrosetti, *parte generale*, vol. I,2, *il reato*, Milanofiori-Assago, 2017, 40 ss; CILIBERTI, *La suits. Stato dell'arte e prospettive di un istituto controverso*, in *Cult. giur. dir. viv.*, 2017, 4, 1 ss.

⁷² Vd., *ex multis*, FARRELL-MARCEAU, *Taking voluntariness seriously*, in *Boston College Law Review*, 2013, 4, 1545 ss; CHILD, *Defense of a basic voluntary act requirement in criminal law from philosophies of action*, in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2020, 4, 437 ss. Alcuni statuti compendiano disposizioni analoghe a quella di cui al co. 1 dell'art. 42 c.p., facendo esse riferimento al *voluntary conduct requirement*. Vd., ad esempio, il § 21.4201 dei *Kansas Statutes* («un individuo non è responsabile penalmente se non nel caso in cui tenga una condotta, attiva o omissiva, a carattere volontario»); il § 202.200 degli *Hawaii Revised Statutes* («in qualsiasi procedimento penale costituisce oggetto di *defense* il fatto che la condotta, attiva o omissiva, non sia volontaria e, per quanto concerne l'omissione, che l'imputato fosse incapace fisicamente di compiere l'azione dovuta»). Si veda, altresì, il § 5-2-2004 dell'*Arkansas Code*; il § 301(a) dei *Pennsylvania Consolidated Statutes*; il § 6.01(a) del *Texas Penal Code*. Vd. anche il § 2.01(1) del *MPC*, per il quale «*a person is not guilty of an offense unless his liability is based on conduct which includes a voluntary act or the omission to perform an act of which he is physically capable*». In argomento, in ottica comparata, occorre rilevare come la giurisprudenza italiana abbia affermato, in diverse occasioni, come graverebbe sull'imputato l'onere di allegazione del difetto di coscienza e volontà (vd. Cass., Sez. un., 14 giugno 1980, "Falloni", in *Defure*, s.m., e, più di recente, Cass., Sez. IV, 14 febbraio 2025, n. 10904), ovvero sia di eccepire la carenza di *suitas* e di fornire elementi per l'approfondimento probatorio di tale circostanza. Tali pronunciamenti, allora, evidenziano come la giurisprudenza tenda ad assimilare il relativo regime probatorio a quello caratteristico delle cause di giustificazione e delle scusanti (cfr., da ultimo, Cass., Sez. VI, 20 giugno 2024, n. 27441) e non, dunque, a quello che governa il fatto tipico e l'elemento psichico. Quanto alla giurisprudenza statunitense, si può osservare come in molte giurisdizioni la *voluntariness* venga qualificata come elemento costitutivo dell'illecito penale e, conseguentemente, oggetto di onere probatorio interamente a carico dell'accusa. In altre, invece, si sostiene che il *burden of proof* ricadrebbe sull'imputato, il quale dovrebbe produrre prove tali da indurre la giuria ad escludere la *voluntariness* secondo la logica del *more probable than not*. In argomento, vd. FARRELL - MARCEAU, *Taking voluntariness seriously*, op. cit. Sul dibattito, che fa emergere approcci alquanto variegati (tra i quali quello

Quanto all'elemento psichico, occorre senz'altro richiamare *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957), che intervenne sul caso di un individuo che aveva violato un'ordinanza municipale che obbligava i soggetti condannati per gravi reati, che avessero inteso soggiornare nella città di Los Angeles per oltre cinque giorni, a registrarsi in un elenco tenuto dagli uffici di polizia.

Il *defendant*, allora, che si era trattenuto nel territorio cittadino per circa sette anni, aveva eccepito come la fattispecie contestata avrebbe violato il *due process clause*, sancita dal Quattordicesimo Emendamento, nella misura in cui detta fattispecie non presupponeva la conoscenza, da parte dell'interessato, dell'obbligo giuridico avente ad oggetto la registrazione (*id est*, secondo la logica della c.d. "*absolute liability*")⁷³.

La Corte suprema *U.S.A.*, allora, sviluppò una stringata motivazione, della quale è, comunque, utile in questa sede riportare qualche stralcio: «siamo dell'opinione che il legislatore sia legittimato a stabilire che una condotta possa essere perseguita penalmente, a prescindere dall'intenzione che ha mosso l'autore. Il legislatore può prescindere nelle scelte di criminalizzazione da dolo o colpa. Ma qui ci occupiamo di una condotta puramente omissiva, rappresentata dalla mancata registrazione. La regola per cui l'ignoranza della legge non scusa è radicata nel nostro sistema giuridico. Nel caso di specie riteniamo, però, che la prova della conoscenza del *duty to register* sia essenziale ai fini della condanna. Altrimenti non sarebbe giustificata la sanzione penale, come non lo sarebbe laddove la legge fosse scritta in caratteri troppo piccoli o in lingua sconosciuta alla collettività».

Dal testo della pronuncia, che ha sancito l'illegittimità costituzionale della norma di riferimento, emerge, allora, un approccio al concetto di omissione

per cui si sarebbe al cospetto di una *defense*), in giurisprudenza, vd. *State v. Utter*, 479 P.2d 946 (Washington 1971); *Alford v. State*, 866 S.W.2d 619 (Texas 1993).

⁷³ La *strict liability* e la *absolute liability* rappresentano, in sostanza, forme di responsabilità oggettiva. Sebbene non vi sia concordia in dottrina circa la definizione di siffatti concetti, che spesso vengono impiegati come sinonimi, la differenza, secondo alcune impostazioni, è tracciata dal fatto che, seppure si tratti di fattispecie incriminatrici per le quali il *prosecutor* non è onerato della prova del *mens rea element* (ossia della colpevolezza, in termini di dolo o colpa), nelle *strict liability offenses* l'accusato sarebbe, comunque, legittimato a dimostrare la carenza di un coefficiente psichico, mentre nelle *absolute liability offenses* la rilevanza esimente di siffatto elemento sarebbe del tutto esclusa. Vd. JEFFERSON, *Criminal law*, Harlow, 2007, 132 ss. Nella letteratura nostrana, vd. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, Milano, 1993, 159 ss.

acerbo ma, comunque, assai aperto alla valorizzazione *pro reo*, con riferimento a figure che incarnano il concetto di “*mala quia prohibita*” (*id est*, reati c.d. “artificiali”, a “situazione tipica neutra”, che si contrappongono ai “*mala in se crimes*”), dell’errore/ignoranza *iuris*⁷⁴ (al contrario di quanto accade in Italia)⁷⁵, al fine di restringere la portata di scelte di criminalizzazione sempre più diffuse negli *States*, nell’ottica della limitazione della *criminal liability* a casi di particolare disvalore sotto il profilo della *mens rea*⁷⁶. Ciò in linea di continuità con la pronuncia della medesima Corte *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952), su di un caso che chiamava in campo l’*error iuris (mistake of law)*, con la quale, pur non essendosi esclusa *a priori* la legittimità del ricorso da parte del legislatore alla responsabilità oggettiva (e, in particolare, alla *strict liability*), si affermò come, di massima, l’impiego dello *ius criminale* dovesse essere limitato a casi in cui «l’individuo ha intenzione di commettere un reato»⁷⁷.

⁷⁴ Si è espresso in favore dell’epilogo cui è approdata la Corte FLETCHER, *Rethinking criminal law*, Oxford, 2000, 628 ss, che ha rimarcato la necessità di un approccio *ad hoc* alle *regulatory offenses*, in termini di valorizzazione dell’errore e dell’ignoranza relativa al precetto, rilevando come soluzioni intransigenti si porrebbero in contrasto con la *due process clause*.

⁷⁵ Vd., *ex multis*, EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3, 1053 ss; DE LIA, *Errore e diritto penale*, in Trattato di diritto penale diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, vol. I, 582 ss, spec. 587 ss, Milano, 2022. Sull’impostazione dottrinale per cui nei reati omissivi propri la responsabilità dovrebbe presupporre la conoscenza effettiva dell’obbligo di attivarsi, vd. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 314. Su rapporto tra conoscenza del precetto legale e responsabilità penale per gli illeciti artificiali, vd. anche DEMURO, *Il dolo*, vol. II, *L’accertamento*, Milano, 2010, 359 ss; ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela*, Torino, 2018, 162 ss.

⁷⁶ MUELLER, *On common law mens rea*, in *Minnesota Law Review*, 1958, 4, 1043 ss.

⁷⁷ Le pronunce statunitensi dianzi citate possono essere messe a paragone con la sentenza Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364. *Morissette* e la sentenza “Dell’Andro” hanno posto entrambe l’accento sulla necessità di subordinare la responsabilità penale a comportamenti assistiti da adeguato nesso psichico (dolo o colpa), con ragioni in parte coincidenti, rappresentate dall’esigenza di tutelare la libertà individuale, quale valore primario sancito dalle carte costituzionali di riferimento. Quanto, però, alla responsabilità oggettiva, mentre la sentenza italiana ne ha ammesso la legittimità solo nella forma c.d. “spuria”, la sentenza *Morissette*, pur evidenziando le criticità sollevate dalla *strict liability*, ne ha riconosciuto, seppur a determinate condizioni (e, in particolare, al ricorrere di particolari esigenze di politica criminale, legate a beni giuridici di alto rango) un’ampia fruibilità ad opera dei legislatori. In merito a Lambert, la sentenza, come si è rammentato, è intervenuta sul tema della portata esimente dell’errore e dell’ignoranza della legge penale con particolare riferimento all’omissione, rimarcando come l’irrogazione di una sanzione penale, a ricorrere di siffatti elementi, violerebbe la *due process clause*. Si tratta di un tema, come risaputo, affrontato anche dalla sentenza n. 364/1988 che, però, ha inteso escludere, nell’ottica sopra indicata, ossia del concetto di ignoranza/errore incolpevole e, dunque, scusabile, quello determinato da motivi c.d. “soggettivi puri” che, invece, ad avviso della *Federal Court*, sa-

Più di recente è intervenuta anche *Cheek v. Stati Uniti*, 498 US 192 (1991), che si è soffermata su di un caso penale avente ad oggetto fattispecie di omessa dichiarazione ed evasione fiscale. Con la suddetta pronuncia, la *High Court*, allora, ha affermato come l'errore e l'ignoranza riferiti alla legge *extra* penale (nel caso di specie quella tributaria) sarebbero ben valutabili in ottica *pro reo*, nelle fattispecie rette da dolo, anche laddove la posizione psicologica del *defendant* risultasse «*irrational or unreasonable*»⁷⁸.

In alcune occasioni, peraltro, le corti sono intervenute affermando, alla luce della *vagueness doctrine* (ossia della violazione del principio di legalità e determinatezza) nonché nel prisma del c.d. “*fair warning requirement*”, l'illegittimità di alcune norme contemplanti obblighi di *agere*, come nel caso di *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983), che si è pronunciata su una norma che imponeva a soggetti fermati dalle forze di polizia per vagabondaggio (il *defendant* era un afroamericano, che era stato sottoposto a numerosi controlli allorquando stazionava nei quartieri “bianchi” di San Diego) di identificarsi in maniera “credibile e affidabile”, atteso che la Corte suprema *U.S.A.* ha ritenuto che tale *duty*, la cui violazione era sanzionata penalmente, conferisse alle autorità di polizia un potere eccessivamente discrezionale, nel contesto di una norma incriminatrice dal carattere giudicato dalla *Federal Court* inaccettabilmente vago⁷⁹.

Ad ogni modo, l'omissione, anche sotto il profilo delle *indirect omission offenses*, fino agli anni '60 dello scorso secolo, attrasse un interesse alquanto

rebbero valorizzabili *pro reo*. Su *Lambert*, vd. anche CADOPPI, voce *Mens rea*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 618 ss (spec. 640 ss).

⁷⁸ Questa, dunque, rappresenta una soluzione che si distacca nettamente dagli orientamenti della giurisprudenza italiana relativi all'art. 47, co. 3 c.p., atteso che le corti, come risaputo, tendono a degradare l'errore sulla legge *extra* penale nell'errore sul precetto di cui all'art. 5 c.p. e, conseguentemente, a ritenerlo inescusabile (così, DE VERO, *L'ignoranza della legge penale*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di De Vero, in Trattato teorico-pratico di diritto penale, diretto da Palazzo-Paliero, vol. I, Torino, 2010, 84). Su questi temi, vd. anche DONINI, *L'autonomia dell'errore su norme tributarie risolventesi “sul fatto”* (art. 8 l. 516/1982) rispetto alla disciplina dell'errore “sul divieto” ai sensi dell'art. 5 codice penale, in *Rass. Trib.*, 1989, 9, 2, 966 ss; DE VERO, *L'errore sul fatto costitutivo di reato*, in *Studium Iuris*, 1999, 5, 503 ss; FALCINELLI, *L'errore sul fatto tra assenza di tipicità e non colpevolezza*, in *Giur. It.*, 2003, 7, 503 ss. A livello monografico, PALAZZO, *L'errore sulla legge extra penale*, Milano, 1974; PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976; BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997.

⁷⁹ Su questa pronuncia, vd. STORMER-BERNSTEIN, *The impact of Kolender v. Lawson on law enforcement and minority groups*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1984, 1, 105 ss.

limitato tra gli studiosi della materia, che venne coltivato in pochissimi saggi su riviste o attraverso degli sfuggenti passaggi nella manualistica⁸⁰.

Così, ad esempio, John Hawley e Malcom McGregor dedicarono non più di qualche riga alla definizione dell'omissione, limitandosi ad affermare come la punibilità di tale forma di comportamento fosse di intuitiva evidenza⁸¹; Justin Miller, dopo aver sostenuto che il *criminal act* sarebbe rappresentato da un *movement*, soggiunse semplicisticamente come l'omissione potesse essere sufficiente a integrare un equivalente, al ricorrere di un obbligo sancito dalla legge⁸².

Del resto, quanto alla *omissive liability*, in tempi abbastanza recenti, Victor Tadros, facendo riferimento al diritto penale angloamericano, ha rilevato che «è opinione diffusa che un individuo non debba essere punito per aver omissso di evitare un'offesa... secondo tre direttrici principali. In primo luogo, si ritiene che coloro che non evitano un danno siano meno colpevoli. In seconda battuta, che la responsabilità penale possa derivare solo da condotte attive. Infine, che criminalizzare l'omissione significherebbe restringere eccessivamente la libertà»⁸³.

4. *Le “good Samaritan laws”*. Le c.d. “*good Samaritan laws*” possono intendersi in una duplice accezione, ovvero sia in termini di dovere di soccorrere soggetti in stato di pericolo nella logica del nostrano art. 593 c.p., oppure di esenzione di responsabilità del soggetto che, *sua sponte*, intervenga con finali-

⁸⁰ Di contro, in Italia già a partire da fine '800 cominciarono ad apparire i primi studi monografici sull'omissione. Vd., ad esempio, STOPPATO, *L'omissione di referto*, Venezia, 1892; PERRONI, *Reati di omissione*, Roma, 1900; BONUCCI, *L'omissione nel diritto penale*, Perugia, 1911; VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916; CARNELUTTI, *Illiceità penale della omissione*, Torino, 1933; GRASSO BIONDI, *L'obbligo, l'omissione e il ritardo di referto*, Milano, 1934; GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, Padova, 1934; GUARNERI, *In tema di omissione di soccorso*, Padova, 1936; ALTAVILLA, *Inerzia ed omissione nel processo causale*, Padova, 1937; COSTA, *Omissione di soccorso*, Torino, 1938; A. TESAURO, *L'omissione nella teoria del reato*, Napoli, 1938; G. BONINI, *L'omissione nel reato*, Milano, 1947; DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950; SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957.

⁸¹ HAWLEY-MCGREGOR, *Criminal law*, Chicago, 1915, 3.

⁸² MILLER, *Handbook of criminal law*, St. Paul, 1937, 78.

⁸³ TADROS, *Criminal responsibility*, Oxford, 2007, 182 ss. In senso analogo, MCCUTCHEON, *Omissions and criminal liability*, op. cit.

tà salvifiche dell'integrità psico-fisica altrui, nel caso in cui tale azione non sortisca effetto o, addirittura, provochi un danno.

In questa seconda "versione", le norme esimenti perseguono, chiaramente, lo scopo di incentivare la collettività a compiere (pur in mancanza di obbligazioni in tal senso) azioni di soccorso che, altrimenti, potrebbero essere evitate nel timore di ripercussioni a seguito di contestazioni per *negligence*. Per coltivare siffatte iniziative, dunque, tutti gli Stati americani, nonché il Congresso, hanno introdotto a sistema delle previsioni che sanciscono, a determinate condizioni (e, spesso, con esclusione delle ipotesi di *gross negligence*), l'esclusione della responsabilità civile per i soccorritori, che si fondano, di massima, sul presupposto del "consenso implicito".

Ci si riferisce ad un complesso di disposizioni assai variegato e che attiene a contesti alquanto eterogenei; siffatte norme sono previste per i soccorritori in occasione di incidenti stradali, di calamità naturali nonché di altre situazioni di pericolo (molte di esse sono state pensate per tutelare il personale sanitario che agisce al di fuori dell'ambiente clinico)⁸⁴, talvolta importando *immunities*

⁸⁴ Vd., ad esempio, il § 1799.101 del *California Health and Safety Code*, che prevede: «nessuno che agisca in buona fede e senza compenso può essere richiamato a rispondere per l'assistenza medica o non medica prestata in fase di emergenza. La norma non riguarda le prestazioni rese in ambiente sanitario o in luoghi deputati all'offerta di prestazioni sanitarie al pubblico. È intento del legislatore incoraggiare il volontariato, l'assistenza prestata agli altri durante le emergenze. La responsabilità è esclusa salvi i casi di *gross negligence*, di condotta spregiudicata o di consapevole esposizione a rischio». In senso analogo, vd. il § 17-95-101 dell'*Arkansas Code*; il § 52-557-b dei *Connecticut General Statutes*; il § 3000-a, *Chapter 45*, delle *New York Consolidated Laws*. Si tratta di disposizioni che riflettono le peculiarità del sistema sanitario statunitense, su cui vd. DE LIA, *Medicina e diritto penale negli U.S.A.*, in *Federalismi*, 2024, 12, 153 ss, nonché la carenza di un *general duty to rescue*. Quanto al sistema italiano, vd. Cass., Sez. VI, 21 aprile 2011, n. 28005, che ha evidenziato come la responsabilità del medico ex art. 593 c.p. possa scaturire, al ricorrere degli elementi costitutivi di fattispecie, nei casi in cui tra medico e paziente non sussista un "rapporto clinico", nel qual caso, invece, l'eventuale omissione o rifiuto di soccorso è qualificabile in termini di rifiuto di atti d'ufficio da parte dell'incaricato di pubblico servizio, di cui all'art. 328 c.p. La posizione di garanzia "qualificata", secondo la suprema Corte, sorge dal c.d. "rapporto di ospedalità", ovvero sia allorché il medico o la struttura sanitaria, pubblica o privata, cui il professionista fa capo, debba assumere o abbia già assunto la cura (cfr. Cass., Sez. IV, 31 maggio 2023, n. 41842). In argomento, vd. anche Cass., Sez. V, 14 novembre 2007, n. 10795: «in tema di responsabilità medica, una posizione di garanzia del medico può sorgere esclusivamente con l'instaurazione della relazione terapeutica tra il paziente e il professionista: ciò che si può verificare su base contrattuale (come avviene nel caso di paziente che si affidi al medico di fiducia), ma anche in base alla normativa pubblicistica di tutela della salute (come avviene nel caso di ricovero ospedaliero o in strutture protette). In queste ipotesi sorge per il medico l'obbligo giuridico di impedire l'evento pregiudizievole per il paziente. Diversamente, come anche sostenuto in dottrina, non può sorgere una posizione di garanzia in capo al medico che sia stato soltanto occasionalmente richiesto di un parere, nel quadro di una relazione di amicizia, convi-

non strettamente correlate all'azione di salvataggio, come nel caso di quelle che vengono accordate ai soggetti che, pur avendo commesso reati previsti dalla disciplina degli stupefacenti, per tutelare l'incolumità degli assuntori, si attivino per consentire l'intervento dei servizi sanitari.

Siffatti "scudi" (si tratta, dunque, di c.d. "*shield laws*") sono ideati, come si è già accennato, con particolare riferimento alla *tort liability*, precludendo alla vittima o ai superstiti l'azione risarcitoria. In alcuni casi, come, per l'appunto, quello delle azioni di salvataggio a vantaggio degli assuntori di stupefacenti, le *immunities*, invece, impattano anche sulla *criminal liability* del soccorritore⁸⁵.

Nella prima accezione, invece, si discute di quelle che vengono anche definite "*bad Samaritan laws*", ossia di norme che, per l'appunto, criminalizzano, al ricorrere di determinate condizioni, l'omissione di soccorso. Si tratta di un'opzione di politica criminale che è sostenuta da una parte della dottrina americana⁸⁶, ma decisamente avversata da altrettanto numerosi e autorevoli studiosi⁸⁷; tale dibattito, incentrato sulla nota questione della differenza tra

vialità, familiarità o convivenza, perché manca in tale evenienza uno specifico conferimento di incarico professionale».

⁸⁵ Sull'effetto di tali normative sulla diminuzione delle morti da *overdose*, vd. HAMILTON ET ALT., *Good Samaritan laws and overdose mortality in the United States in the fentanyl era*, in *International Journal of Drug Policy*, 2021, 11, 1 ss. Per una descrizione della struttura e della logica esimente di queste norme, vd. READER ET ALT., *Review and inventory of 911 good Samaritan law provision in the United States*, loc. cit., 2022, 12, 1 ss. Attualmente, solo il Kansas e il Wyoming non hanno varato disposizioni in questo settore. Alcune di esse tutelano, per l'appunto, il soccorritore, mentre altre soltanto il soggetto in stato di pericolo. Le protezioni offerte variano da Stato a Stato e, in taluni casi, hanno ad oggetto fattispecie che incriminano il possesso e l'uso di sostanze, mentre in altri accordano degli scudi più ampi. In taluni ordinamenti il soccorso prestato garantisce al reo soltanto il riconoscimento di una attenuazione della sanzione penale, come nel caso del § 921.0026(n) dei *Florida Statutes*, che prevede, per l'appunto, un *mitigating factor*. Tra le norme che garantiscono una maggiore protezione, si può rammentare, invece, il § 11-23-7 delle *Rhode Island General Laws*, che accorda l'immunità allo spacciatore/soccorritore, nel senso che tale disposizione sancisce che le prove raccolte dalle autorità, a seguito della richiesta di intervento del servizio di emergenza, sono inutilizzabili in giudizio.

⁸⁶ Vd., tra gli altri, WOOLLEY, *A duty to rescue: some thoughts on criminal liability*, in *Virginia Law Review*, 1983, 7, 1273 ss; FEINBERG, *Harm to others*, New York, 1984, 126 ss; WALDRON, *On the road: good Samaritans and compelling duties*, in *Vanderbilt Law Review*, 1984, 4, 1054 ss; HEYMAN, *Foundations of the duty to rescue*, in *Vanderbilt Law Review*, 1994, 3, 673 ss; LEVIT, *The kindness of strangers: interdisciplinary foundations of a duty to act*, in *Washburn Law Journal*, 2001, 2, 463 ss. In precedenza, vd., tra gli scritti più significativi, BARR AMES, *Law and morals*, in *Harvard LR*, 1908, 2, 97 ss.

⁸⁷ Tra questi si rammentano EPSTEIN, *A theory of strict liability*, in *Legal Studies*, 1973, 2, 151 ss; NOZICK, *Anarchy, state, utopia*, 1974, New York, xi; DRESSLER, *Some brief thoughts (mostly negative) about "bad Samaritans" laws*, in *Santa Clara Law Review*, 2000, 4, 971 ss. In precedenza, BOLEN, *The moral duty to aid others as a basis of tort liability*, in *University of Pennsylvania Law Review and Ameri-*

“*killing and letting die*”, concordemente, si fa risalire alle dialettica tra due, opposte visioni patrocinata dal giurista inglese Thomas Babington Macaulay, nei lavori preparatori del codice penale indiano della prima metà dell’800, nonché da Jeremy Bentham, nel suo già citato volume⁸⁸.

Tale diatriba si intensificò, poi, a partire dagli anni ’60 dello scorso secolo, alimentata da casi di cronaca eclatanti. In particolare, si rammenta quello di Kitty Genovese, consumatosi nella primavera del 1964, nel quartiere newyorkese del Queens, che vide protagonista, suo malgrado, una giovane donna, che venne aggredita e accoltellata a morte in un vicolo, dopo aver lanciato delle grida di aiuto rimaste inascoltate (perlomeno secondo alcune ricostruzioni del fatto proposte dalla stampa dell’epoca). Fu episodio che ebbe grande *eco* mediatica, costituendo una delle ragioni dell’istituzione del servizio di emergenza “911”.

Si rammenta, poi, la violenza sessuale perpetrata ai danni di una donna da parte di alcuni uomini, nel retrobottega di un bar a New Bedford, in Massachusetts, nel marzo del 1983⁸⁹, che pure alimentò un ampio dibattito pubblico e in sede dottrinale, per via della circostanza che molti avventori del locale, pur essendosi resi conto dell’aggressione, non intervennero in soccorso della vittima⁹⁰.

In ogni caso solo alcuni stati americani, ovverosia Minnesota⁹¹ e Vermont⁹²

can Law Register, 1908, 4, 217 ss. Su posizioni intermedie si pongono alcune costruzioni, quali quella di HUNT, *The legitimacy and limits of punishing bad Samaritans*, in *University of Florida Journal of Law & Public Policy*, 2021, 2, 355 ss, che suggerisce una limitazione degli obblighi di soccorso ad una ristretta cerchia di soggetti nonché al ricorrere di particolari condizioni.

⁸⁸ HALL, *General principles of criminal law*, Indianapolis – New York, 1947, 190 ss.

⁸⁹ Che ispirò la nota pellicola “*The accused*”, di Jonathan Kaplan, con Kelly McGillis e Jodie Foster.

⁹⁰ Vd. VOLOKH, *Duties to rescue and the anticooperative effects of law*, in *Georgetown Law Journal*, 1999, 1, 105 ss; BAGBY, *Justification for State bystander intervention statutes: why crime witnesses should be required to call for help*, in *Indiana LR*, 2000, 2, 571 ss.

⁹¹ Vd. § 604A.01 dei *Minnesota Statutes*: «chiunque si trovi sul luogo di un’emergenza e sappia che un’altra persona è esposta o ha subito gravi danni fisici deve, nella misura in cui ciò sia possibile senza mettere a repentaglio la propria incolumità o quella di altri, fornire ragionevole assistenza alla persona esposta. L’assistenza ragionevole può includere l’ottenimento o il tentativo di ottenere assistenza dalle forze dell’ordine o dal personale medico. Chiunque violi questa disposizione è colpevole di reato minore».

⁹² Vd. Title 12, § 519 dei *Vermont Statutes*: «chiunque sappia che un’altra persona è esposta a pericolo di un grave danno fisico deve, nella misura in cui ciò può essere fatto senza pericolo per sé o senza interferenza con importanti doveri nei confronti di altri, fornire ragionevole assistenza alla persona espo-

hanno introdotto norme con tratti simili a quelli delineati dall'art. 593 c.p. mentre altri (ovverosia Florida⁹³, Hawaii⁹⁴, Rhode Island⁹⁵ e Wisconsin⁹⁶) impongono un *duty to rescue* più limitato (talora nella forma del *duty to report*); ciò, in ogni caso, con previsione di sanzioni oltremodo blande⁹⁷.

Qui si coglie, dunque, una delle più rilevanti differenze rispetto al sistema giuridico nostrano, ove l'omissione di soccorso, già prevista nel codice Zanardelli (attraverso la figura di "indolenza colpevole") e riprodotta nel codice Rocco, si è rivelata, poi, perfettamente allineata con gli obblighi di solidarietà sociale sanciti dall'art. 2 Cost., tanto è vero che l'art. 593 c.p. non è stato finora oggetto di alcuna censura di legittimità proposta alla Consulta⁹⁸.

sta, a meno che tale assistenza o cura non sia fornita da altri. Chiunque violi intenzionalmente tale obbligo sarà multato per un importo non superiore a cento dollari». È stato proprio il Vermont il primo Stato a varare – con il *Duty to aid the endangered Act*, del 1973, una "*bad Samaritan Law*".

⁹³ Vd. *Florida Statutes*, § 794.027, che s'incentra sull'omessa denuncia di *sex crimes*.

⁹⁴ Vd. *Hawaii Revised Statutes*, § 663-1.6(a), che sanziona l'omessa segnalazione alle autorità di crimini che possono provocare un *serious physical harm*.

⁹⁵ Vd. § 11-1-5.1 delle *Rhode Island General Laws*: «chiunque sappia che un'altra persona è vittima di violenza sessuale, omicidio, o rapina a mano armata e si trovi sulla scena del crimine è tenuto, nella misura in cui ciò sia possibile senza mettere a repentaglio la propria incolumità o quella di terzi, a denunciare il reato a un funzionario delle forze dell'ordine competente il prima possibile. Chiunque violi le disposizioni del presente articolo sarà punito con la reclusione per un periodo non superiore a sei mesi o con una multa non inferiore a cinquecento dollari e non superiore a mille».

⁹⁶ Vd. il § 940.34 dei *Wisconsin Statutes*, ove è prevista come *misdemeanor* la condotta di chi «sappia che è in corso un reato e che una vittima è esposta a pericolo di danni fisici» e che non ottemperi all'obbligo di «chiedere l'intervento delle forze dell'ordine o di altri soccorritori» o di «fornire assistenza alla vittima», salvo che «l'intervento possa mettere in pericolo, possa interferire con i doveri che incombono al soggetto nei confronti di terzi, ovvero l'assistenza o l'intervento delle forze dell'ordine vengano richiesti o forniti da altri».

⁹⁷ Tuttavia, la giurisprudenza ritiene che nell'ipotesi in cui dalla violazione dell'obbligo di soccorso derivasse la morte della persona in stato di pericolo, il soggetto gravato potrebbe rispondere di omicidio (doloso o colposo). In tal senso, vd., ad esempio, *State v. Martinez*, 68 P.3d 606 (Hawaii 2003) e, in dottrina, ASHWORTH, *Principles of criminal law*, Oxford, 2006, 110.

⁹⁸ Su questo tema e sui rapporti tra la disposizione codicistica ed il principio costituzionale, vd. PANNAIN, voce *Omissione di soccorso*, in *Nov. dig. ital.*, vol. XI, Torino, 1965, 899 ss; CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993; MUSCO, voce *Omissione di soccorso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 557 ss; CORNACCHIA, *I delitti contro l'incolumità individuale*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000, 331 ss; PELISSERO, *Omissione di soccorso*, in *Diritto penale. Parte speciale*, a cura di Pulitanò, vol. I, Torino, 2011, 117 ss; BASILE, *Su alcune questioni controverse intorno all'omissione di soccorso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 643 ss; SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 3, 1209 ss; RONCO, *Studi patavini*, vol. I, Torino, 2017, 875 ss; TORRE, *I delitti di omessa solidarietà*, in Trattato di diritto penale diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna e Papa, vol. II, Milano, 2022, 5403 ss.

Volgendo, però, nuovamente l'obiettivo dell'indagine al contesto statunitense, si può rilevare come la questione della criminalizzazione del *bad Samaritan* abbia finito con l'incanalarsi nell'annoso confronto tra *retributivism* e *utilitarianism*, che domina il panorama americano⁹⁹.

In questa prospettiva, allora, alcuni studiosi, come ad esempio Ken Levy, hanno sostenuto come l'impiego del diritto penale in questo ambito potrebbe essere giustificato sulla base di entrambe le impostazioni. Ciò rimarcandosi come se da un lato l'omesso intervento salvifico, nella moderna società, costituirebbe condotta dotata di disvalore morale tale da meritare la *retribution*, dall'altro la penalizzazione di siffatti comportamenti, fungendo da stimolo, consentirebbe di raggiungere l'obiettivo di una maggiore tutela dell'incolumità individuale e, dunque, un caratteristico *target utilitarista*¹⁰⁰.

5. *Le “hit and run offenses”*. I legislatori americani hanno fatto ampio ricorso all'illecito omissivo nella disciplina della sicurezza stradale, ove, infatti, proliferano le c.d. “*hit and run offenses*” (che evocano le figure delineate dall'art. 189 del d.lgs. 30 aprile 1992, c.d. “Codice della strada”).

Tali figure si riferiscono all'ipotesi in cui un soggetto coinvolto in un sinistro stradale, indipendentemente dalla responsabilità nella sua provocazione, ometta di fermarsi, al fine di consentire la propria identificazione da parte delle autorità pubbliche, o di prestare soccorso, anche attraverso l'attivazione dei servizi di emergenza. In taluni casi, siffatte norme impongono, a fronte della minaccia della sanzione penale, l'obbligo di fermarsi anche in difetto di pericolo per terzi o per la sicurezza generale della circolazione¹⁰¹.

⁹⁹ In argomento, vd. FEINBERG, *The classic debate*, in *Philosophy of law*, in Feinberg-Gross (a cura di), Belmont, 1995, 613 ss. Su questo argomento, vd. anche DE LIA, *La giustizia riparativa negli Stati Uniti d'America*, Roma, 2024, 32 ss.

¹⁰⁰ LEVY, *Killing, letting die, and the case for mildly punishing bad Samaritanism*, in *Georgia Law Review*, 2010, 3, 607 ss. In ogni caso l'Autore, sposando, di fondo, l'idea che l'omissione costituirebbe una forma di *conduct* meno riprovevole rispetto all'azione, suggerisce l'introduzione di fattispecie incriminatrici con sanzioni particolarmente tenui.

¹⁰¹ In alcuni ordinamenti [cfr. il combinato disposto dei §§ 40-6-393(b) e 40-6-270 del *Georgia Code*] si prevedono delle specifiche ipotesi qualificabili come (utilizzando la terminologia nostrana) reati aggravati dall'evento, che si concretizzano nel caso in cui dall'omissione di soccorso derivino, per l'appunto, morte o lesioni. Si tratta di figure che stabiliscono come l'evento ulteriore possa essere addebitato a titolo colposo ed ove si prevede espressamente che tali disposizioni non si applichino nel caso in cui tale

Tali previsioni, con diverse *nuances*, sono state introdotte negli *States* ben prima che il legislatore italiano si muovesse in questa direzione (atteso che le prime fattispecie vennero inserite a sistema già nei primi del '900) ed esse contemplano sanzioni di varia tipologia, compresa la sospensione/revoca del titolo di guida¹⁰².

Le *hit and run offenses* hanno sollevato, in diverse giurisdizioni, dubbi di legittimità nel prisma del *privilege against self-incrimination* di cui al Quinto Emendamento, che, tuttavia, sono stati oggetto di questioni dichiarate infondate a più riprese dalle corti statali, come nel caso di *Banks v. Commonwealth*, 217 Va. 527 (Virginia 1976) o, più di recente, di *State v. Alexander*, 124,875 (Kansas 2023), nonché dalla stessa Corte suprema federale con la sentenza *California v. Byers*, 402 U.S. 424 (1971).

Con quest'ultima pronuncia, in particolare, la *High Court* ha stabilito: «Le *hit and run offenses* sono previste da tutti gli Stati americani. Nel caso di specie, l'imputato è stato coinvolto in un incidente ed ha violato la legge della California che gli imponeva di fermarsi e di farsi identificare. L'interessato si duole della legittimità della norma incriminatrice al cospetto del privilegio contro l'autoincriminazione. Tutti i sistemi giuridici moderni prevedono degli obblighi comunicativi da parte degli individui, dai quali sorge la possibilità di attivazione nei confronti del dichiarante di un procedimento penale. Tuttavia, a partire dal caso *United States v. Sullivan*, 274 U.S. 259 (1927), relativo all'omessa dichiarazione dei redditi, è stato chiarito come il privilegio non possa essere validamente azionato nel caso di violazione degli obblighi comunicativi imposti dalla legge».

Tali figure, *ab initio*, hanno alimentato questioni circa l'impatto del *mistake on fact*, ovvero sia sull'omessa percezione, da parte del *defendant*, degli elementi costitutivi di siffatte fattispecie e, in particolar modo, dell'avvenuto sinistro o, in alcune giurisdizioni, della circostanza che quest'ultimo abbia innescato un pericolo per l'incolumità altrui o per la sicurezza della circolazione. Di massima, allora, le corti (nelle giurisdizioni in cui non è espressamente

evento formi oggetto di dolo.

¹⁰² In argomento, vd. DE LIA, *La responsabilità da circolazione stradale negli Stati Uniti d'America in prospettiva comparata con il sistema italiano*, in *Dir. pol. trasp.*, 2024, 2, 109 ss (spec. 157 ss).

previsto che siffatti reati si possano integrare solo nel caso in cui l'utente della strada abbia agito "*knowingly*", nel qual caso l'onere della prova è in capo all'accusa) hanno riconosciuto come in tali situazioni l'interessato possa utilmente articolare una *defense*, dimostrando la carenza della *mens rea*, della c.d. "*guilty mind*"¹⁰³.

6. *La diffusione delle pure omissive offenses negli ordinamenti statuali e nella normativa federale.* Le *pure omissive offenses*, come si è già rammentato, rappresentano quella particolare categoria di reati in cui la *liability* è esplicitamente correlata all'inazione rispetto ad un *duty to act* (ovverosia ad una violazione di un mero obbligo di agire). Tanto negli ordinamenti degli Stati americani, quanto in quello federale, tali fattispecie, aumentando progressivamente nel corso dei decenni, oggi compongono un insieme abbastanza significativo.

Oltre ai settori dianzi menzionati, occorre segnalare i c.d. "*child neglect statutes*", ove, per l'appunto, viene penalizzata la violazione di obblighi incombenti sui soggetti esercenti la potestà genitoriale sui minori.

Si tratta di normative assai differenziate tra Stato e Stato, che sanzionano varie forme di *failure to provide* (alle cure mediche o ad altri essenziali bisogni, quali l'alimentazione, vestiario, educazione scolastica), che si affiancano alle "*child abuse laws*" (finalizzate a tutelare i minori da abusi, non solo di natura sessuale, anche con fattispecie di tipo omissivo).

Tali figure, peraltro, sono strutturate come reati "senza evento", altre volte di pericolo, astratto o concreto (per utilizzare la nomenclatura nostrana), altre ancora come di danno¹⁰⁴.

¹⁰³ *Westrup v. Commonwealth*, 123 Kentucky, 95, 93 S.W. 646 (1906); *People v. Rallo*, 119 California App.2d 393 (1931); *People v. Mayo*, 194 California App.2d 527 (1961).

¹⁰⁴ Cfr. il § 827.03 dei *Florida Statutes*, distingue, anche *quoad poenam*, un "*aggravated child abuse*", che richiama condotte, attive o omissive, gravemente lesive della sfera del minore; il "*child abuse*", che contempla «danni fisici o mentali a un bambino; un atto intenzionale che potrebbe ragionevolmente comportare un danno fisico o mentale a un bambino»; la "*neglect to a child*", che si sostanzia nella condotta di chi, esercitando la potestà genitoriale sul minore, «omette di fornire al bambino le cure, la supervisione e i servizi necessari per mantenere la salute fisica e mentale, inclusi, ma non limitati a, cibo, nutrizione, vestiario, riparo, supervisione, medicine e servizi medici che una persona prudente considererebbe essenziali per il benessere del bambino; o non compie uno sforzo ragionevole per proteggere il bambino da abusi, negligenza o sfruttamento da parte di un'altra persona». In senso analogo, vd. il *Title*

Più in generale, l'aumento del numero degli *omissive crimes* nella legislazione americana, dei singoli Stati e in quella federale, è dipeso da una serie di fattori sociali, politici e giuridici. Tra di essi, debbono essere certamente considerati la maggiore sensibilità collettiva rispetto all'esigenza di tutelare soggetti deboli; le evoluzioni dell'economia e della produzione, che hanno implementato i rischi, facendo sorgere, così, l'esigenza di introdurre figure che puniscono, talora, la mera *infractio* di obblighi di adozione di contromisure; l'emergere dello stato-regolatore, che ha favorito il varo di fattispecie incriminatrici che sanzionano la semplice frustrazione delle prerogative/funzioni degli organi pubblici deputati; la necessità di tutela delle entrate e del mercato, che ha sospinto il *law enforcement* nel settore degli illeciti tributari e finanziari *lato sensu* intesi; l'emersione di nuovi fenomeni criminali, come il terrorismo, che hanno condotto ad una responsabilizzazione dei singoli consociati nel contrasto di siffatta minaccia, attraverso la previsione di *duties to report*.

Sicché, se all'inizio degli anni '80 Douglas Husak lamentò lo scarso "*feeling*" della *criminal law* statunitense con l'illecito omissivo¹⁰⁵, lo stesso Autore, in un più recente scritto monografico ha evidenziato come la progressiva, massiva criminalizzazione di condotte omissive da parte dei legislatori americani, nei più disparati settori, anche attraverso il ricorso a fattispecie incriminatrici *eventless*, avrebbe costituito uno dei fattori che, negli ultimi anni, avrebbero contribuito maggiormente a creare il fenomeno della *overcriminalization*¹⁰⁶.

Si deve, tuttavia, soggiungere che, così come in Italia, negli Stati Uniti siffatte figure incriminatrici, di massima, costituiscono illeciti minori (*misdemeanors*), sanzionati con pene alquanto blande (di natura pecuniaria o detentiva breve), come nel caso di quelle che attengono alla tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; sicché, si è dinnanzi a fattispecie dalla davvero scarsa effica-

9, Chapter 2, §§ 273 ss del *California Criminal Code*, nonché i §§ 22.04 e 22.041 del *Texas Penal Code*. Per una disamina *State by State*, vd. ROBINSON - WILLIAMS, *Mapping American criminal law*, Santa Barbara, 2018, 226 ss; HILOTIN-LEE, *Child abuse laws and information by state*, in www.findlaw.com, 30 gennaio 2025. In ottica comparata, si può rilevare che tali fattispecie presentano alcuni caratteri propri di quelle disciplinate dagli artt. 570, 572 e 591 c.p.

¹⁰⁵ HUSAK, *Causation and liability*, in *The Philosophical Quarterly*, 1980, 1, 318 ss. Sulla riluttanza del sistema americano a perseguire gli illeciti di mera omissione vd. anche PERKINS - BOYCE, *Criminal Law*, New York, 1982, 662.

¹⁰⁶ HUSAK, *Overcriminalization. The limits of the criminal law*, New York, 2008, 13, 41-42.

cia preventiva¹⁰⁷.

7. *L'illecito omissivo improprio*. Quanto all'illecito omissivo improprio, in principio, la giurisprudenza americana, in difetto di clausole generali quale quella compendiata nel capoverso dell'art. 40 del codice penale italiano del 1930, affermò, con particolare riferimento alle varie figure di omicidio, che queste potessero configurarsi, al ricorrere del requisito dell'incapacità del titolare del bene giuridico di autotutelarsi, anche attraverso condotte omissive¹⁰⁸ e, ancor prima che venissero positivizzati a livello statutario obblighi di assistenza familiare, ne riconobbe la sussistenza, riconducendoli nel più ampio novero delle "*natural obligations*"¹⁰⁹. Con la diffusione di entità pubbliche e private

¹⁰⁷ In argomento, vd., di recente, SURMA (a cura di), *Occupational safety and health law handbook*, Lannham, 2024.

¹⁰⁸ Per l'analoga posizione della giurisprudenza italiana, fino al varo del codice fascista, che per primo introdusse la c.d. "clausola di equivalenza", vd. DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in una aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, vol. II, 1491 ss. Sul dibattito antecedente all'entrata in vigore del Codice del 1930, vd. anche VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, op. cit.

¹⁰⁹ Vd. *Van Valkinburg v. Watson*, 13 Johns, 480 (New York 1816). In argomento, vd. anche *State v. Smith*, 65 Maine 257 (1876), con cui venne condannato per omicidio colposo un uomo per aver violato il *duty to provide* nei confronti della propria moglie, affetta da problemi psichici; *Territory v. Manton*, 8 Montana 95, 19 P. 387 (1888), sul caso di omicidio colposo contestato ad un imputato che aveva lasciato la propria moglie, ubriaca, giacere nella neve. Vd. anche *Westrup v. Commonwealth*, 123 Kentucky 95, 93 SW 646 (1906) che, pur ribadendo gli obblighi incombenti sui coniugi, assolse l'imputato dall'accusa di omicidio colposo, rilevando come il mancato intervento da parte dei sanitari nella situazione di pericolo non fosse dipeso dalla condotta omissiva dell'uomo, bensì dal rifiuto di assistenza opposto dalla moglie, poi deceduta a causa del parto. Per quanto concerne gli obblighi nei confronti dei figli e alle loro origini nella *common law* inglese, con riferimento al *manslaughter*, vd. *People v. Pierson*, 176 New York 201, 68 N.E. 243 (1903); *State v. Chenoweth*, 163 Indiana 94, 71 N.E. 197 (1904). Per gli obblighi dei genitori nei confronti della prole, vd. anche *State v. Behm*, 72 Iowa 533, 34 N.W. 319 (1887), nonché *Gibson v. Commonwealth*, 106 Kentucky 360, 50 S.W. 532 (1899). Su questo tema, vd. COHEN, *Criminal liability of parent for omission causing death of child*, in *Maryland Law Review*, 1961, 3, 262 ss. L'Autrice, nel proprio saggio, ha ricostruito con particolare attenzione anche la giurisprudenza statunitense fino ad allora intervenuta sul tema della violazione del *duty to provide*, con particolare riferimento alle cure mediche, dettata da *religious beliefs*, evidenziando come le corti, già *illo tempore*, escludessero radicalmente la possibilità, per i soggetti obbligati, di eccepire utilmente esimenti. Ciò secondo una linea successivamente confermata da una vasta serie di pronunce. In argomento, vd. anche KATZ, *Foster parents versus agencies: a case study in judicial application of "the best interests of the child" doctrine*, in *Michigan LR*, 1966, 1, 145 ss (spec. 163). Per richiami giurisprudenziali più recenti, vd. SCHEIDERER, *When children die as result of religious practices*, in *Ohio State Law Review*, 1990, 4, 1439 ss; SCHNEIDER, *Justification by faith*, in *Hastings Center Report*, 1999, 1, 24 ss; CATALANO, *Healing or homicide? When parents refuse medical treatment for their children on religious grounds*, in *Buffalo Journal of Gender, Law & Social Policy*, 2009, 1, 157 ss; ORENTLICHER, *Law, religion and*

quali le *poor houses*, peraltro, la giurisprudenza cominciò a negare recisamente la possibilità, per gli imputati, di valorizzare in ottica difensiva lo stato di indigenza¹¹⁰.

Analogamente, venne recepito il principio di *common law* in base al quale la creazione di una situazione di pericolo avrebbe generato il *duty to act*, come nel caso *Commonwealth v. Cali*, 247 Massachusetts 20, 141 N.E. 510 (1923), in cui venne ritenuta fonte di tale obbligo l'innescio accidentale, da parte del *defendant*, di un incendio in un edificio. Nello stesso senso si pro-

health care, in *UC Irvine Law Review*, 2018, 4, 617 ss; CLARK, *Religious accommodation and criminal liability*, in *Florida State University Law Review*, 1990, 3, 559 ss; SWAN, *Faith-based medical neglect: for providers and policymakers*, in *Journal of Child and Adolescent Trauma*, 2020, 3, 343 ss. Sull'assai limitata portata della *cultural defense* negli *States*, vd., nella letteratura nostrana, DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 73 ss. Si tratta di una linea seguita anche dalla giurisprudenza italiana (attraverso una condivisibile linea logica che pone a bilanciamento il diritto del singolo di seguire i precetti religiosi o, comunque, di manifestare la propria appartenenza etnico-culturale, con valori posti a fondamento dell'ordinamento italiano quali la vita, l'integrità psico-fisica e la libertà individuale, che vengono ritenuti prevalenti). Su questi temi, vd. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 2, 651 ss; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino 2006, nonché ID., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; PARISI, *Cultura dell'altro e diritto penale*, Torino, 2010; MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 10, 1237 ss; SCEVI, *Riflessioni su reati culturalmente motivati e sistema penale italiano*, in *www.archiviopenale.it*, 20 dicembre 2016; MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignoranza legis e coscienza dell'offesa*, Roma, 2012; PROVERA, *Tra frontiere e confini: il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, 2018; DE LIA, *Reato sessuale culturale-religioso motivato*, in *Giust. pen.*, 2018, 12, II, 641 ss; PELISSERO, *Il ruolo incerto del fattore culturale-religioso nel sistema penale. Il caso islam*, in *Quad. dir. pol. ecc.*, 2019, 1, 155 ss; GRANDI, *I reati contro la famiglia e contro la persona culturalmente motivati: teoria ed evoluzione della prassi*, in *www.archiviopenale.it*, 20 ottobre 2022; CURI, *Dalle ruspe alle politiche di inclusione: i reati culturalmente orientati e la dosimetria della pena*, in *www.penaledp.it*, 12 gennaio 2023.

¹¹⁰ Vd., ad esempio, *Stehr v. State*, 96 Nebraska 755, 139 N. W. 676 (1913). L'imputato, un povero bracciante tedesco emigrato, era stato accusato della morte del figlio che, in una notte d'inverno particolarmente rigido, aveva subito in casa il congelamento dei piedi. Il genitore, allora, richiese l'intervento medico che, tuttavia, venne rifiutato per via dell'incapacità dell'uomo di provvedere al pagamento delle spese per le cure. Allorquando il quadro clinico peggiorò, vi fu l'iniziativa di un filantropo, che sostenne le spese per l'amputazione ma, a seguito dell'operazione chirurgica d'emergenza, il giovane paziente decedette per setticemia. Stehr fu condannato per omicidio colposo e, nel confermare la statuizione, la Corte suprema del Nebraska stabilì che alla giuria fossero state presentate prove sufficienti per stabilire la responsabilità del *defendant* per non aver procurato cure mediche per un periodo di dieci giorni, durante i quali le condizioni del minore sarebbero state in evidente peggioramento. È interessante notare che la Corte riconobbe che Stehr non avesse i mezzi finanziari per pagare alcuna forma di trattamento medico per il bambino e che l'imputato avesse tentato di ottenere assistenza medica in precedenza, venendo respinto. Ciononostante, la Corte stabilì che l'incapacità di Stehr di pagare le cure non potesse rivestire carattere esimente in quanto egli avrebbe potuto e dovuto fare ricorso alle autorità pubbliche.

nunciò *People v. Fowler*, 178 California 657, 174 P. 892 (1918), ove l'imputato venne, però, giudicato *guilty* di *murder* (omicidio volontario), per aver aggredito con un randello il proprio avversario, lasciandolo privo di sensi sulla sede stradale ove, poi, sopraggiunse un veicolo che investì la vittima, uccidendola. Ciò avendo la Corte rilevato che «la vicenda è molto simile a molte altre descritte in letteratura, ove si è rilevato come un individuo debba essere ritenuto responsabile in tutti quei casi in cui l'evento letale sia la naturale e probabile conseguenza di un atto illecito già compiuto»¹¹¹.

In alcune pronunce, peraltro, le corti, in un contesto in cui difettano, a tutt'oggi, salvo che in alcune giurisdizioni, generali *duties to rescue*, hanno affermato come la creazione del rischio quale fonte dell'obbligo di agire fosse soltanto quella a base totalmente illecita. Si veda, in proposito, *King v. Commonwealth*, 285 Kentucky 654, 148 S.W.2d 1044 (1941), con cui, infatti, venne mandato assolto, sull'accusa di omicidio colposo, l'imputato che, dopo aver ferito, utilizzando un fucile da caccia, ad una gamba un uomo che, a sua volta stava tentando di aggredire il padre del *defendant*, aveva ommesso di prestare soccorso all'avversario.

Le corti americane, sulla scia di quelle inglesi, riconobbero, inoltre, come fonte di responsabilità omissiva l'assunzione volontaria di un obbligo, come nel caso *Lewis v. State*, 72 Georgia 164 (1883), in cui un individuo, pur essendosi impegnato a provvedere ad un bambino abbandonato, lo aveva maltrattato e aveva ommesso di nutrirlo, provocandone la morte¹¹².

La giurisprudenza, in diverse occasioni, rilevò, altresì, come la *criminal liability* potesse derivare anche dalla *breach of contract*, con particolare riferimento a fattispecie contro l'incolumità individuale, come nel caso *Cowley v. People*, 83 New York 464 (1881), intervenuta sull'accusa di lesioni mossa nei con-

¹¹¹ Cfr., altresì, in seguito, *Jones v. State*, 220 Indiana 384, 43 N.E.2d 1017 (1942), con cui venne confermata la sentenza di condanna all'ergastolo di un uomo che aveva violentato sessualmente una bambina di dodici anni che, dopo l'aggressione, si era gettata in un fiume, annegando, in quanto il *defendant* «in quel momento era pienamente in grado di effettuare il salvataggio e preservare la vita della suddetta bambina».

¹¹² In tal senso vd., successivamente, *Cornell v. State*, 159 Florida 687, 32 So. 2d 610 (1947), su un caso di una donna che, avendo assunto a titolo gratuito l'onere di badare ad una neonata, essendo ubriaca, non si rese conto del fatto che l'infante, giacendo nel proprio letto, si fosse arrotondata nelle coperte, morendo soffocata.

fronti del responsabile di un istituto di beneficenza per aver «trascurato di fornire a un minore affidato alle sue cure e custodia cibo, vestiario e medicine adeguati e sufficienti in caso di malattia»¹¹³; *State v. Irvine*, 126 Louisiana 434, 52 So. 567 (1910), su un incidente ferroviario e sulla responsabilità di un capomacchinista per la morte di alcuni passeggeri¹¹⁴.

Si veda, inoltre, *United States v. Knowles*, 4 Sawyer 517 (N.D. California 1864), relativa alla responsabilità del capitano di una nave per violazione del *duty to rescue* rispetto ad un marinaio che era caduto accidentalmente in mare, annegando¹¹⁵.

Secondo l'accusa, in particolare, il *defendant*, pur essendo a conoscenza del pericolo, non avrebbe fermato la navigazione né tentato in alcun modo il soccorso, sebbene l'imbarcazione fosse dotata di scialuppe di salvataggio. Ciò rendendosi responsabile - *in thesi* - di omicidio colposo. La Corte, allora, pur rimarcando come incombesse sul comandante di una nave un obbligo contrattuale di agire per tutelare la sfera del personale imbarcato, approdò a soluzione assolutoria, rilevando come nel processo non fosse stata acquisita prova che un tempestivo intervento avrebbe consentito oltre ogni ragionevole dubbio di salvare la vita del marinaio e che, ad ogni modo, le condizioni meteorologiche, in caso di ormeggio del naviglio per avviare le operazioni di recupero, avrebbero messo a rischio l'incolumità dell'intero equipaggio. Talché, il riconoscimento dell'esperibilità della c.d. "*necessity defense*", nel contesto del *conflict of duties*¹¹⁶.

¹¹³ In seguito, vd. anche *People v. Montecino*, 66 California App.2d 85, 152 P.2d 5 (1944), per la responsabilità per omicidio di una badante, che aveva omesso di prendersi cura di una donna anziana e malferma.

¹¹⁴ Vd. anche *State v. Harrison*, 107 New Jersey, L213 (1931) *State v. Benton*, 38 Delaware 1, 187 Atl. 609 (1936), entrambe sulla responsabilità *ex contractu* del casellante, per aver omesso di abbassare la sbarra al passaggio del treno, provocando la morte di automobilisti che attraversarono le rotaie proprio al momento del transito del convoglio ferroviario.

¹¹⁵ Sicché, già in *early cases*, la giurisprudenza ritenne sussistente la responsabilità omissiva nel caso di inadempimento di obbligazioni contrattuali anche se correlate ad accordi non conclusi dal soggetto danneggiato, come pure nel caso di *State v. O'Brien*, 32 New Jersey L. 169, 172 (1867), con cui l'imputato, addetto ad un passaggio a livello ferroviario, venne, per l'appunto, ritenuto responsabile di omicidio colposo per aver malgovernato la sbarra, ovvero sia per un inadempimento di un contratto di lavoro, avente ad oggetto prestazioni in favore della collettività.

¹¹⁶ Su questi argomenti, vd. HITCHLER, *Necessity as a defence in criminal cases*, in *Dickinson Law Review*, 1929, 1, 138 ss; ARNOLDS - GARLAND, *The defense of necessity in criminal law: the right to*

Nel contempo, in alcune occasioni, le corti precisarono come il *duty to act* dovesse promanare da una *legal obligation*, non potendo, invece, derivare da meri precetti morali, come stabilito nel *leading case People v. Beardsley*, 113 N.W. 1128 (Michigan 1907). Il *defendant*, in particolare, un uomo sposato, in assenza della moglie, aveva trascorso nell'appartamento coniugale il fine settimana con la propria amante. Nell'occasione, la donna consumò un grande quantitativo di alcolici e assunse sostanze stupefacenti. Allorquando perse i sensi, l'uomo, anziché soccorrerla, per evitare che la moglie scoprisse il tradimento, spostò di peso l'amante in un altro locale, al piano seminterrato, ove poi venne ritrovato il cadavere.

La Corte suprema del Michigan, allora, nel prosciogliere l'imputato, affermò: «La legge riconosce che in alcune circostanze l'inosservanza di un dovere da parte di un individuo nei confronti di un altro, qualora tale omissione comporti la morte del soggetto nei confronti del quale il dovere è dovuto, genera la responsabilità per omicidio colposo. Il principio è che la violazione deve essere correlata ad un dovere legale, e non ad un mero obbligo morale. Deve essere un dovere imposto dalla legge o da un contratto, e l'omissione deve essere la causa immediata e diretta della morte. Sebbene la letteratura sull'argomento sia piuttosto scarsa e i casi siano pochi, tuttavia, le autorità competenti concordano sul rapporto che deve esistere tra le parti per far sorgere il dovere, la cui omissione determina la responsabilità giuridica. Se una persona che intrattiene con un'altra un rapporto come quello tra marito e moglie, tra genitore e figlio, tra capitano e marinaio, e così via, sapendo che tale persona è in pericolo di vita, volontariamente o negligenemente non compie quegli sforzi ragionevoli e appropriati per salvarla, come avrebbe po-

choose the lesser evil, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1974, 1, 289 ss; BERGER, *A choice among values: theoretical and historical perspectives on the defence of necessity*, in *Alberta Law Review*, 2002, 4, 843 ss; SCHWARTZ, *Is there a common law necessity defense in federal criminal law?*, in *The University of Chicago Law Review*, 2008, 3, 1259 ss; COTTON, *The necessity defense and the moral limits of law*, in *New Criminal Law Review*, 2015, 1, 35 ss. Il *Model Penal Code*, al § 3.02 (*Justification generally: choice of evils*), ricostruisce la *necessity* come *justification* e non, dunque, come *excuse*, secondo una linea seguita anche da alcuni legislatori americani e da una parte della giurisprudenza. In argomento, vd. anche CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, 219 ss. Sulla controversa questione italiana, vd. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? *Sui confini tra "impossibile" e "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000.

tuto fare senza mettere a repentaglio la propria vita o quella degli altri, è colpevole perlomeno di omicidio colposo, se a causa della sua omissione la persona muore. Quindi, chiunque, per relazione domestica, dovere pubblico, scelta volontaria o altra obbligazione giuridica abbia la custodia e la cura di un essere umano, indifeso a causa di prigionia, infanzia, malattia, età, imbecillità o altra incapacità mentale o fisica, è tenuto a adempiere al proprio dovere con la dovuta diligenza e sarà ritenuto colpevole di omicidio colposo se per negligenza lascia morire la creatura indifesa. Si tratta di orientamenti in linea con la tradizione di *common law* inglese. Per altro verso, non è corretto affermare che ogni obbligo morale si traduca in un dovere legale, anche se ogni dovere legale si fonda su un obbligo morale. Per giudicare correttamente il caso in esame, applicando i principi giuridici sopra citati, dobbiamo sfrondate l'approccio da condizionamenti morali e accertare se l'imputato avesse o meno un obbligo legale nei confronti della vittima. Gli atti di questo caso rivelano che la defunta era una donna di oltre trent'anni. Si era sposata due volte. Era abituata a frequentare *saloon* e a consumare bevande alcoliche. In precedenza, aveva avuto altri appuntamenti con l'imputato. Tutta la sua condotta indica che ella aveva una vasta esperienza in tali affari. Il fatto che la donna si trovasse in casa del *defendant* non ha creato alcun dovere legale, come previsto dalla legge e dovuto da un marito nei confronti della moglie. In assenza di tali obblighi, è indubbiamente dovere morale di ogni persona offrire assistenza agli altri quando sono in pericolo; se qualcuno omettesse tali sforzi, pur potendoli compiere senza mettere a repentaglio la propria vita, con la sua condotta si attirerebbe la giusta censura e il rimprovero delle persone buone; ma questa è l'unica punizione a cui potrebbe essere sottoposto. La condanna viene annullata e l'imputato viene scarcerato».

Analogamente si espresse, tra le altre, la Corte suprema del New Mexico con la sentenza *State v. Berry*, 36 New Mexico 318, 323, 14 P.2d 434, 437 (1932), intervenuta sul caso dell'imputato che, viaggiando di notte in montagna a bordo del proprio veicolo con un altro uomo, lo aveva abbandonato, per ragioni mai chiarite, cosicché il compagno morì assiderato¹¹⁷.

¹¹⁷ Parallelamente, le corti riconobbero come la mera presenza sul luogo del crimine non potesse implicare il concorso nel reato. Vd. *Hicks v. United States*, 150 U.S. 442, 37 L. Ed. 1137 (1893); *Brooks v.*

Talché, l'esclusione dal novero delle fonti del *duty to act* dei rapporti para-familiari, nonché di ospitalità/cortesia.

Il progressivo ampliamento del novero delle obbligazioni di garanzia a livello statutorio condusse, comunque, all'aumento del contenzioso in sede penale, con particolare riferimento alle ipotesi di omicidio¹¹⁸.

Per altro verso, già in occasione di alcune risalenti pronunce, le corti si soffermarono sul tema della *ability to provide*, rimarcando come la responsabilità omissiva potesse derivare soltanto dall'ipotesi in cui il soggetto gravato dall'obbligo si trovasse nelle condizioni di potervi ottemperare (c.d. "*capacity to perform requirement*")¹¹⁹.

Non di meno, alcuni *early cases* mostrano una chiara riluttanza della giurisprudenza ad ammettere la responsabilità penale per "*commission by omission*". Emblematico, in questo senso è *Bradley v. State*, 79 Florida 651, 84 So. 677 (1920), ove la Corte suprema della Florida affrontò il caso di un genitore che, per motivi di credo religioso, aveva ommesso di richiedere l'intervento sanitario per la propria figlia minore, rimasta ustionata a causa di un incendio, la quale decedette dopo un paio di mesi dall'incidente.

Sebbene la Corte, in premessa, avesse ben illustrato gli obblighi di assistenza incombenti sui genitori, rintracciabili in quel caso anche a livello statutorio, si approdò a soluzione assolutoria attraverso una motivazione alquanto discutibile, di cui appare opportuno riportare qualche stralcio: «In questo Stato la definizione generale di omicidio non sembra coprire un caso di questa natura. Né l'atto d'accusa né le prove addotte al processo dimostrano l'uccisione della bambina "per atto, procura o negligenza colposa" del padre. Qualunque sia il motivo che ha spinto il padre a omettere e rifiutarsi di fornire assistenza medica alla figlia gravemente ustionata, tale omissione e rifiuto, per quanto riprovevoli, non sembrano rientrare nella lettera o nell'intento della legge. Non vi è alcun atto del padre che abbia causato la morte della bambina. È evidente che la morte è stata causata dall'ustione accidentale in cui il padre non ha avuto alcun ruolo. Le cure di un medico avrebbero potuto impedire

State, 128 Georgia 261, 57 S. E. 483 (1907); *People v. Cione*, 293 Illinois 321, 127 N. E. 646 (1920).

¹¹⁸ Vd. CARDOZO, *The paradoxes of legal science*, New York, 1927, 25-26.

¹¹⁹ Cfr. *State v. Noakes*, 70 Vermont 247, 40 Atl. 249 (1897); *Commonwealth v. Hall*, 322 Massachusetts 523, 78 N.E.2d 644 (1948).

che l'ustione causasse la morte, ma l'assenza di cure mediche non ha causato l'evento».

In ordine alla causalità omissiva, le corti si affidarono, da subito, alla *proximate cause*¹²⁰, modello che venne impiegato, in molti casi, per escludere la responsabilità penale, come nel caso di *State v. Reitze*, 86 New Jersey L. 407, 92 Atl. 576 (1914), con cui la Corte suprema del New Jersey assolse l'imputato dall'accusa di omicidio colposo. Più in dettaglio, il *defendant* era il gestore di una locanda che, in violazione della normativa vigente, aveva servito ad un avventore un notevole quantitativo di alcolici. L'imputato, allora, pur essendosi avveduto dello stato di ubriachezza del cliente, aveva ommesso di prestargli ausilio e quest'ultimo, uscito dal locale, cadendo a terra, aveva riportato lesioni fatali.

L'accusa, allora, aveva formulato l'imputazione contestando un *mix* di responsabilità attiva ed omissiva che, dal canto suo, si sarebbe originata dall'attivazione di una situazione di pericolo da parte del *defendant*; tuttavia, la Corte rilevò come, pur sussistendo il rapporto condizionalistico, l'evento lesivo avesse rappresentato una conseguenza troppo remota rispetto al comportamento *contra ius* tenuto dall'imputato.

Così come in Inghilterra, peraltro, l'arretratezza delle scienze applicate e la loro scarsa capacità euristica, condusse, nel prisma della *beyond any reasonable doubt clause*, a soluzioni assolutorie pure in casi *monstre*, come in *State v. Lowe*, 66 Minnesota 296, 299-300, 68 N.W. 1094, 1095-96 (1896), in cui venne assolto un imputato dall'accusa di omicidio, formulata per via della circostanza che egli aveva ommesso, pur avendo assunto l'obbligazione, di prendersi cura di una donna in stato di gravidanza, che venne abbandonata a se stessa, decedendo in occasione del parto.

Quanto, ancora, al *causal link*, esso fu, in generale, oggetto di un'assai limitata speculazione teorica. Tra gli autori che, comunque, approfondirono maggiormente detto elemento si può senz'altro rammentare Otto Kirchheimer, il quale rilevò: «In questo caso la questione può essere risolta solo introducendo un elemento fittizio nel contesto di fatto. L'omissione non influisce sul processo causale in atto. Se un uomo omette di prestare soccorso in mare ad

¹²⁰ LEAVENS, *A causation approach to criminal omissions*, op. cit.

un altro individuo che sta per annegare, occorre domandarsi se la morte sarebbe stata evitata qualora l'azione fosse stata compiuta. In quest'ottica, non esiste differenza tra la causalità dell'omissione rispetto a quella dell'azione. Si applicano le stesse regole causali. Potrebbe essere che l'omissione presenti difficoltà ricostruttive, sul piano pratico, maggiori, ma questa difficoltà attiene soprattutto all'individuazione dell'azione concretamente dovuta. Un esempio emblematico è rappresentato dalla valutazione della giuria e del giudice sull'effetto salvifico di un intervento medico che, invece, è stato omesso. In questi casi il giudizio s'innesta sull'alternativa se il trattamento sanitario sarebbe stato, comunque, idoneo a prolungare la vita del paziente oppure se la morte sarebbe comunque occorsa. Ad ogni modo queste conclusioni devono essere supportate dal criterio dell'alta probabilità. Resta che il giudizio causale presenta connaturati legami con l'incerto e il risultato è fortemente condizionato dagli antecedenti cui si voglia attribuire rilevanza. L'esito che l'interprete si attende, in termini di affermazione o negazione della sussistenza di un nesso eziologico, gioca un ruolo assai più significativo rispetto a qualsivoglia altro elemento»¹²¹.

Negli anni '50, il tema causale, anche in chiave comparatistica, venne poi esaminato, negli *States*, da Paul Ryu, che rimarcò come l'approccio fondato sul "buon senso" (*illo tempore* particolarmente in voga) non fosse ammissibile nel diritto penale moderno, sviluppando, altresì, severe critiche sulla logica

¹²¹ KIRCHHEIMER, *Criminal omissions*, in op. cit. In senso analogo, circa le similitudini tra accertamento del nesso causale nel contesto dell'azione e dell'omissione, vd. anche HALL, *General principles of criminal law*, op. cit., 201: «Le difficoltà che si incontrano nei casi omissivi non alterano il problema della causalità. Nella condotta attiva l'offesa interviene generalmente nell'immediatezza, mentre nelle omissioni il danno spesso interviene a distanza di molto tempo. La circostanza per cui in questi casi l'accertamento causale sia più complicato non cambia nulla. Non vi è differenza essenziale in ordine al ragionamento causale». Così, vd. pure BEALE, *The proximate consequences of an act*, in *Harvard LR*, 1920, 5, 633 ss; LEVITT, *Cause, legal cause and proximate cause*, in *Michigan LR*, 1922, 1, 34 ss; McLAUGHLIN, *Proximate cause*, in *Harvard LR*, 1925, 2, 149 ss; JONES, *Negligence, proximate cause*, in *Law Journal*, 1938, 6, 377 ss. Sulla maggiore difficoltà di accertamento della causalità omissiva, vd. SHUMAN, *Act and omission in criminal law: towards a nonsubjective theory*, in *Journal of Legal Education*, 1964, 1, 16 ss. L'A., nel tentare di sfrondare il giudizio causale da componenti soggettiviste e, dunque, sostenendo la necessità di valutare il nesso sulla base della logica dell'*id quod plerumque accidit*, rimarcò come l'omissione, quale azione non connotata da "movimento muscolare", innescerebbe valutazioni eziologiche più complicate rispetto alla condotta attiva, in ragione della necessità di ponderare fattori esoneranti, quali l'errore sulla situazione di fatto e la capacità di adozione di contromisure da parte del soggetto gravato dal *duty to act*.

tradizionale della *proximate cause*, per via del ricorso a fuorvianti valutazioni attinenti all'elemento psicologico (in particolar modo, alla *foreseeability*)¹²². Sicché, propugnando l'impiego della *scientific knowledge* nel giudizio causale, l'Autore sottolineò come, sulla base di tale paradigma, non vi sarebbero differenze rilevanti nell'accertamento del nesso eziologico correlato a condotte attive e omissive.

In tema di elemento subiettivo, occorre rammentare che alla fine dell'800 Francis Wharton, nel celeberrimo trattato sull'omicidio¹²³, tentò di tracciare in chiave moderna la distinzione tra dolo e colpa, osservando come il *murder*, ovvero sia l'omicidio volontario, potesse configurarsi al ricorrere dalla c.d. "*malice aforethought*", ovvero sia (traducendo letteralmente) "malizia deliberata", concetto assimilabile al nostrano dolo, anche nella sua forma eventuale. Quanto al *dolus eventualis*, tale concetto, attraverso un veloce richiamo alla tradizione europea, fu oggetto, però, di scarso approfondimento, tanto che nel definirne il carattere si operò richiamo al solo requisito della *awareness of the risk*.

In ordine alla prova della *malice*, l'Autore rilevò come la stessa si potesse accertare attraverso elementi indicatori, da desumere dalle specifiche circostanze; in merito, invece, al *manslaughter* (e, in particolare, alla sua forma *involuntary*), Wharton sottolineò come questa fattispecie fosse capace di attrarre condotte di disvalore "intermedio", tra dolo e pura *negligence*, idonea, quest'ultima, a far scattare la sola *tort liability*, atteso che l'omicidio colposo – secondo una linea destinata a perpetrarsi anche in futuro – avrebbe potuto configurarsi solo al ricorrere di una *gross negligence*, ovvero sia nel caso di rilevante *gap* tra condotta e *standard* comportamentale esigibile¹²⁴.

In merito, invece, all'omissione, si deve osservare come l'Autore ne discettò nella sezione del volume dedicata al *negligent homicide*, come se si trattasse di figure intimamente legate tra loro.

Volgendo, ora, nuovamente, l'attenzione alla giurisprudenza, è possibile ri-

¹²² RYU, *Causation in criminal law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1958, 6, 773 ss.

¹²³ WHARTON, *A treatise on the law of homicide in the United States*, Philadelphia, 1875.

¹²⁴ Sul tema, vd. anche *Commonwealth v. Welansky*, 316 Massachussetts 383, 55 N.E.2d 902 (1944), sull'omicidio colposo addebitato al gestore di un *night club* che non aveva dotato i locali di adeguate uscite di sicurezza e di mezzi antincendio.

marcare come, nell'alveo dell'omicidio, la linea di confine tra dolo (*murder*) e colpa (*manslaughter*) fu, a lungo, alquanto labile e come le corti si orientarono in maniera alquanto casuistica, senza affrontare *ex professo* una questione che, invece, avrebbe dovuto apparire da subito di primario rilievo, in considerazione del suo rilevante risvolto sanzionatorio¹²⁵.

In ogni caso, da alcune pronunce – come ad esempio *Pallis v. State*, 26 So. 2d 339 (Alaska 1899), intervenuta su di un caso di violazione dei doveri di assistenza familiare – sembra potersi dedurre come le corti, *illo tempore*, assegnassero un particolare peso alla natura totalmente illecita nonché all'entità del rischio di verificazione dell'evento lesivo correlato alla condotta omissiva al fine di inferirne *intent* o *negligence*¹²⁶ (ovverosia sfruttando soltanto alcuni degli indici individuati dalla scienza penalistica italiana contemporanea).

8. *L'omissione nei crimes of result a partire dalla seconda metà del '900*. Nel 1962 venne varato il *Model Penal Code*, redatto da una commissione nominata dall'*American Law Institute*, con la finalità di favorire l'omogeneizzazione dei sistemi penali degli Stati federati.

Il *MPC*, in particolare, al § 2.01(3)(b), prevede: «La responsabilità per condotta commissiva non può essere affermata in caso di omissione se non nel caso in cui sia previsto dalla legge un obbligo di agire». Tale disposizione si coordina con il § 1.13(5), in cui si stabilisce come il termine “conduct” includa *act* e *omission*. In ogni caso, se da un lato lo *U.S. Code* non compendia una disciplina *ad hoc* dell'illecito omissivo a livello federale, solo alcuni statuti degli Stati contengono un richiamo generale alla *criminal liability* per omissione¹²⁷, attraverso formule assai variegate¹²⁸.

¹²⁵ Cfr., ad esempio, *State v. Rivers*, 320 P.2d 1004 (Montana 1958), intervenuta sull'accusa di omicidio mosso ad una madre per la morte di un bambino dovuta a malnutrizione.

¹²⁶ In argomento, vd. WILLIAMS, *Oblique intention*, in *Cambridge LJ*, 1987, 3, 417 ss; NORRIE, *Oblique intention and legal politics*, in *Criminal Law Review*, 1989, 42, 793 ss.

¹²⁷ Esso è assente negli ordinamenti di Connecticut, Florida, Isole Vergini, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, North Carolina, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming.

¹²⁸ Vd. *Alabama Code* § 13A-2-1: «L'omissione è la mancata realizzazione di un atto il cui compimento è prescritto dalla legge. La condotta è un atto o un'omissione supportata da idoneo elemento psichico. Azione significa realizzare un atto oppure omettere un atto dovuto»; *Alaska Statutes* §§ 11.81.600 e 900: «La responsabilità penale deriva sia da un atto sia dall'omettere un atto che l'individuo può compiere. Il

La giurisprudenza, dal canto suo, nella seconda metà del '900, ha cristallizzato gli elementi costitutivi della responsabilità nella *indirect omission*¹²⁹, quale

termine condotta indica tanto l'atto quanto l'omissione. Omissione significa non compiere l'atto imposto dalla legge»; *Arizona Revised Statutes* § 13-505: «Condotta significa atto e omissione compiuta con l'elemento psichico richiesto. Omissione significa non compiere l'atto imposto dalla legge»; *Arkansas Code* § 5-2-201: «Agire significa compiere un atto o omettere un atto. Omettere significa non realizzare un atto che la legge impone di compiere»; *California Penal Code* § 2.01: «La responsabilità penale per un illecito non può essere affermata se non è espressamente prevista questa ipotesi oppure è stato violato un obbligo di agire imposto dalla legge»; *Colorado Revised Statutes* § 18-1-501: «Condotta significa atto o omissione. Omissione significa mancare di realizzare un atto che la legge impone di compiere»; *Delaware Criminal Code* §§ 233 e 242: «Reato significa compiere un atto o omettere un atto in contrasto con quanto prescritto dalla legge. La responsabilità omissiva deriva dal non compiere un atto che si è in grado di compiere»; *Georgia Code* § 16-2-1: «Reato significa compiere un atto o un'omissione proibiti dalla legge»; *Hawaii Revised Statutes* § 702-203: «L'omissione è punibile quando l'illecito sia previsto come omissivo o nel caso in cui l'atto sia imposto dalla legge»; *Idaho Code* § 18-109: «Un reato è compiere un atto vietato o omettere un'azione dovuta per legge»; *Illinois Compiled Statutes* § 38-4-1: «Il concetto di atto si estende all'omissione di un atto dovuto per legge e che l'individuo è in grado di compiere»; *Indiana Code* § 35-41-2-1: «Un soggetto può rispondere penalmente per omissione solo qualora l'obbligo di agire sia imposto dalla legge, dalla *common law* o dal contratto»; *Iowa Code* § 702.2: «Il termine atto include l'omissione rispetto ad un obbligo di agire stabilito per legge»; *Kansas Statute* § 21-5111: «Il termine azione include l'omettere un'azione»; *Kentucky Revised Statutes* § 501.030: «Un individuo non è penalmente responsabile se non abbia commesso un atto vietato dalla legge o abbia omissso un atto imposto dalla legge che egli sia stato in grado di compiere»; *Louisiana Revised Statutes* § 14:8: «Condotta significa agire o omettere di agire»; *Michigan Penal Code* § 750.5: «Reato significa il compiere o l'omettere un atto che è punito con una sanzione penale»; *Missouri Revised Statutes* § 556.061: «Un'omissione rileva solo se l'individuo è materialmente in grado di agire. Una persona non è colpevole per omissione se non è espressamente stabilito dalla legge, salvo che sussista un obbligo legale di agire»; *Montana Code Annotated* § 45-2-101: «La parola atto significa azione e omissione»; *Nebraska Revised Statutes* § 28-109: «Condotta significa sia agire sia omettere. Omettere significa violare un obbligo di agire imposto dalla legge»; *Nevada Revised Statutes* § 193.120: «Reato significa compiere un'azione o omettere un atto in violazione di quanto è previsto dalla legge»; *New Hampshire Revised Statutes* § 626:1: «La responsabilità penale può derivare sia da un atto sia da un'omissione laddove la persona sia in grado di agire»; *New Jersey Revised Statutes* § 2C:2-1: «La responsabilità omissiva deriva da una norma penale che la prevede o da un obbligo di legge di agire»; *New Mexico Statutes* § 30-1-4: «Reato significa compiere un'azione o un'omissione in contrasto con quanto previsto dalla legge»; *New York Penal Law* § 15.00: «Agire significa anche omettere»; *North Dakota Century Code* § 12.1-02-01: «La responsabilità omissiva sussiste solo se espressamente previsto. L'omissione determina la responsabilità anche laddove la persona abbia un obbligo giuridico di agire»; *Ohio Revised Code* § 2901.21: «La responsabilità individuale si fonda sulla condotta, che può consistere in un atto o in un'omissione sulla base di un obbligo che la persona è in grado di adempiere»; *Oregon Revised Statutes* § 161.095: «Il requisito minimo della responsabilità penale è rappresentato dalla commissione di un atto o da una omissione nel caso in cui il soggetto possa compiere l'atto dovuto»; *Pennsylvania Consolidated Statutes* § 301(b): «La responsabilità omissiva sussiste solo ove espressamente previsto oppure nel caso di violazione dell'obbligo di agire imposto dalla legge»; *Texas Penal Code* § 6.01(c): «Nessuno può essere chiamato a rispondere penalmente per un'omissione se non sia espressamente previsto o laddove vi sia un obbligo giuridico di agire»; *Utah Code* § 76-1-601: «Omissione significa non compiere un atto dovuto per legge».

¹²⁹ Che è ritenuta, di massima, configurabile anche con riferimento al tentativo (*attempt*). Vd. il §

“inerzia qualificata”¹³⁰, tra cui, innanzitutto, il *duty requirement*, di natura legale¹³¹, correlato a specifiche relazioni interpersonali già contemplate nella *common law* (quali quelle tra genitori e figli¹³², tra coniugi¹³³, tra datore e lavoratore dipendente¹³⁴) oltre che promanante da specifiche previsioni a livello

5.01(1)(c) del MPC. In dottrina, vd. CAHILL, *Attempt by omission*, in *Iowa Law Review*, 2009, 5, 1209 ss. Tuttavia, occorre sottolineare come nei repertori non si rintracciano casi incentrati sulla combinazione tra tentativo e illecito omissivo. Anche in Italia, del resto, la questione, approfondita in sede dottrinale, è pressoché assente nella casistica giurisprudenziale. Ad ogni modo, forse non a torto, ammettono (seppur con argomentazioni variegata ed a condizioni non sempre coincidenti) la configurabilità del tentativo nei reati omissivi (anche propri), ad esempio, SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1958, 6 ss; GALLO, *Diritto penale. Le forme del reato*, Torino, 1964, 65 ss; CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, 1975; PAGLIARO, *Il reato*, in Trattato di diritto penale diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, vol. III, Milano, 2007, 359; DE FRANCESCO, *Diritto penale*, vol. II, *Forme del reato*, Torino, 2013, 110 ss; RAMACCI-GUERRINI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, 430 ss. In senso tendenzialmente contrario, invece, RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, 159 ss. Per una ricostruzione dei contenuti del dibattito, nella manualistica, vd. GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, 492 ss; FIORELLA, *Il fatto nella “situazione” scriminante. Le forme e le conseguenze del reato. Le strutture del diritto penale*, vol. III, Torino, 2017, 65.

¹³⁰ Secondo la locuzione recentemente impiegata, in Italia, da BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, op. cit., 20.

¹³¹ Cfr. *United States v. Sabhnani*, 599 F3d. 215 (2d Cir. 2010): «for criminal liability to be based upon a failure to act it must first be found that there is a duty to act, a legal duty and not simply a moral duty». In dottrina, vd. DUFF, *Answering for crime. Responsibility and liability in the criminal law*, Oxford, 2007, 99 ss, per il quale «L’assenza di un movimento corporeo equivale ad un fare perché l’impatto della condotta umana sulla realtà è qualificato dalle norme che regolano il vivere civile». Secondo la giurisprudenza, il *duty to act* può derivare direttamente dalla legge penale e, dunque, dalla realizzazione di condotte integranti delle *pure omission offenses*. Vd. *Commonwealth v. Levesque*, 436 Massachusetts 443, 449 (2002); in precedenza, *People v. Heitzman* 886 P.2d 1229, 1234 (California 1994).

¹³² Vd. *Degren v. State*, 352 400, 722 A 2d 887 (Maryland 1999); *People v. Pollock*, 202 II 2d. 189 (Illinois 2002); *People v. Valdez*, 1-18-1463 (Illinois 2022).

¹³³ Vd. *State v. Mally*, 366 P.2d 868 (Montana 1961), sul caso di un uomo che, a fronte delle ferite riportate dalla propria moglie a seguito di una caduta accidentale, omise di richiedere l’intervento sanitario, venendo, dunque, condannato per *manslaughter*. Più di recente, vd. *State v. Burris*, 63 Kansas App. 2d. 250 (2023), sul caso di una donna che aveva omesso di accudire il marito, anziano e non autosufficiente. Negli ultimi anni, peraltro, si è acceso un dibattito in ordine all’estensibilità del *duty to act* in relazione ai rapporti familiari *de facto*, mediante analogia, sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede. In ogni caso, la giurisprudenza tende ad escludere tale possibilità. Vd., ad esempio, *State v. Miranda*, 274 Connecticut 727, 878 A.2d 1118 (2005). Per un’ampia ricostruzione del panorama giurisprudenziale vd. *State v. Sherman*, 266 S.W.3d 395, 404 (Tennessee 2008). Diverso è l’approccio al caso in cui il familiare abbia assunto volontariamente l’obbligo di tutela *in loco parentis* di un soggetto incapace di autotutelarsi: cfr. *Bleimeyer v. State*, 616 S.W. 3d. (Texas 2021), *People v. Myers*, 2022 Illinois App. (5th).

¹³⁴ Vd., di recente, *Beckwith v. State*, 477 Maryland 398 (2022). In dottrina, HOOD-HARDY-LEWIS, *Workers’ compensation and employee protection laws*, St. Paul, 1999, 1. Nella tradizione di *common law*, in particolare, il datore di lavoro era ritenuto gravato da alcune obbligazioni attinenti alla salute dei lavoratori: fornire un ambiente di lavoro sicuro, mettere a disposizione dei lavoratori strumenti di prevenzione individuale, fornire adeguati avvertimenti circa i pericoli ragionevolmente prevedibili nel corso

statutario; derivante dal contratto¹³⁵ o dalla volontaria assunzione dell'obbligo di agire¹³⁶ o, infine, dalla creazione di un pericolo¹³⁷.

delle lavorazioni, assegnare mansioni solo a soggetti idonei, impartire disposizioni sulla sicurezza.

¹³⁵ Vd., ad esempio, *People v. Wong*, 182 A.D. 2d 98, 108 (New York 1992), sulla responsabilità della *baby-sitter*, nonché *People v. Zemek*, 93 California App. 5th 313 (2023), sulla *omission liability* della badante.

¹³⁶ In argomento, vd. *Jones v. United States*, 308 F.2d 307, 310 (D.C. Cir. 1962). La pronuncia è espressiva di un orientamento in base al quale la responsabilità sorgerebbe solo allorquando l'assunzione volontaria dell'obbligazione avesse in qualche modo impedito l'adempimento del *duty to act* da parte di altri soggetti gravati. Vd. anche *People v. Oliver*, 210 California App.3d 138 (1989): «Un rapporto interpersonale può dare origine a un dovere di agire laddove detto rapporto generi una dipendenza che induce affidamento o impedisce l'assistenza da parte di altri». La giurisprudenza nostrana, intervenendo su questo tema, impiega il riferimento a «comportamenti concludenti», alla «presa in carico». Vd., ad esempio, Cass., Sez. IV, 23 ottobre 2015, n. 2536; Cass., Sez. V, 7 giugno 2022, n. 37078; Cass., Sez. IV, 17 gennaio 2025, n. 2030. Anche la Cassazione, in alcuni arresti, peraltro, ha rilevato come, in caso di assunzione volontaria della tutela, la responsabilità omissiva potrebbe sorgere solo allorquando tale iniziativa unilaterale avesse accentuato il rischio o ostacolato l'attivazione di altre iniziative salvifiche da parte di soggetti in posizione di garanzia. Vd. Cass., Sez. IV, 12 ottobre 2000, n. 12781; Cass., Sez. IV, 18 aprile 2019, n. 39261; Cass., Sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 13848. Si tratta, però, di limitazioni che sono idonee a generare, nella prassi, dei risultati aberranti, creando vuoti di tutela, spazi di irresponsabilità collettiva. Difatti, nel caso in cui l'obbligo di protezione incombesse su una pluralità di garanti (ognuno in condizione di porre in essere l'azione salvifica), la violazione di tale obbligo da parte di tutti i soggetti coinvolti, in difetto delle condizioni sopra menzionate (aumento del rischio e ostacolo all'iniziativa salvifica altrui), resterebbe, ma contro ogni logica, impunita. Del resto, come si noterà analizzando il caso «Ciontoli», su cui *infra*, la giurisprudenza, di fatto, attraverso motivazioni «apparenti», non tiene in considerazione tali criteri limitativi. Sulla ondivaga applicazione pratica di questi requisiti nella giurisprudenza statunitense, vd. ROSEMBERG, *Act and omission in criminal law*, New York, 2025, 145-146.

¹³⁷ Vd. *United States v. Hatatley*, 130 F3d 1399 (1997), sull'accusa di omicidio colposo mossa nei confronti del rapinatore che aveva abbandonato la propria vittima in un luogo freddo e remoto; *State v. Davidson*, 987 P.2d 335, 345 (Kansas 1999), pronunciata dalla Corte suprema del Kansas, sul caso dell'allevatrice di cani che, omettendo di predisporre adeguate recinzioni, non aveva impedito la fuga dei propri animali che, fuoriusciti dalla struttura, azzannarono ed uccisero un bambino. Più di recente, *State v. Voss*, 488 S.W. 3d 97, 113 (Missouri 2016), con la quale è stato condannato per omicidio colposo un soggetto che, dopo aver ceduto della sostanza stupefacente, si era avveduto degli effetti provocati dalla sua assunzione, omettendo di porre in essere azione di salvataggio. Sulla responsabilità dello spacciatore, vd. anche *State v. Morgan*, 86 Washington App. 74, 936 P.2d 20 (1997). In dottrina, sulle fonti del *duty to act*, vd. ROBINSON, *Criminal liability for omissions: a brief summary and critique of the law in the United States*, in *New York Law School Law Review*, 1984, 1, 101 ss; SMITH, *Liability for omission in the criminal law*, in *Legal Studies*, 1984, 1, 88 ss; KLEINIG, *Criminal liability for failures to act*, in *Law and Contemporary Problems*, 1986, 3, 161 ss; MEAL, *Contracting into crime: a theory of criminal omissions*, in *Oxford Legal Studies*, 1991, 1, 147 ss; ROTENBERG, *An essay on criminal liability for dutyless omission that cause results*, in *Brooklyn Law Review*, 1996, 3, 1159 ss; EISEMBERG, *The duty to rescue in contract law*, in *Fordham LR*, 2002, 4, 647 ss; ROSEMBERG, *The contract: between contract law and criminal jurisprudence*, in *St. Thomas Law Review*, 2014, 2, 444 ss; ALEXANDER, *Duties to act triggered by creation of the peril: easy cases, puzzling cases and complex culpability*, in *The ethics and law of omission*, a cura di Nelkin - Rickless, New York, 2017, 180 ss. Nella manualistica, vd. KAPLAN - WEISEMBERG - BINDER, *Criminal law. Cases and materials*, Frederick, 2021, 121 ss.

Così, con *Pope v. State* 284 Maryland 309 (1979), venne prosciolta l'imputata che aveva ospitato in casa una donna che, nel corso di un prolungato *raptus*, aveva barbaramente maltrattato e poi ucciso la propria figlia neonata; analogamente, con *State v. Ulvinen*, 313 N.W. 2d 425 (1981), pronunciata dalla Corte suprema del Minnesota, venne mandata assolta dall'accusa di omicidio una donna che, pur essendo a conoscenza del programma criminale del proprio figlio, consistente nell'uccisione della moglie, in ragione di rapporti tesi con la nuora non tentò di impedire il misfatto e, anzi, dopo l'omicidio si prodigò per aiutare il proprio figlio, poi reo confesso, a occultare il cadavere, rimarcando come il biasimo morale per il comportamento tenuto dalla *defendant* non potesse, comunque, importare una responsabilità di tipo concorsuale nel *murder*. Si veda, ancora, *State ex rel. Kuntz v. Montana*, 13th Jud. Dist. Ct., 298 Mont 146, 151, 995 P.2d 951, 955 (2000): «Affinché la responsabilità penale possa derivare da un'omissione, deve esserci un dovere di agire imposto dalla legge. Pertanto, una nuotatrice olimpionica può essere considerata dalla comunità una vergognosa codarda o, peggio, per non aver salvato un bambino che stava annegando nella piscina del vicino, ma non è una criminale»¹³⁸.

¹³⁸ In tal senso, vd. anche *Pace v. State*, 224 N.E.2d 312 (Indiana 1967); *State v. Godwin*, 395 A.2d 1234 (North Carolina 1978); *State v. Walden*, 293, S.E.2d 780 (North Carolina 1982); *State v. Dixon*, 546 S.W.3d 615 (Missouri 2018); *State v. Etters*, 2021 109 (North Carolina 2021). Si tratta, dunque, di un'impostazione assimilabile a quella accolta dalla giurisprudenza italiana in tema di c.d. "connivenza", ove l'omissione è ritenuta penalmente irrilevante allorché difetti un obbligo di agire nonché ove essa non "influisca" sulla condotta illecita altrui (questione, questa, frequentemente approfondita dalla giurisprudenza, ad esempio, nel contesto dei reati in materia di stupefacenti). Su questi temi vd., *ex multis*, RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 45 ss; SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000, *passim*; MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Padova, 2013. Sui controversi elementi costitutivi della responsabilità concorsuale vd., in generale, solo per rammentare alcune delle più importanti e recenti opere, STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981; ZANOTTI, *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Milano, 1985; INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986; SEMERARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986; SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987; MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995; GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; SCHIAFFO, *Istigazione o ordine pubblico. Tecnico-giuridico ed elaborazione tecnologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli, 2004; VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006; COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008; ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012; HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi*

La giurisprudenza, per altro verso, in più occasioni, ha chiarito, con particolare riferimento alla responsabilità colposa, come l'*error facti*, in ordine alla sussistenza della situazione di pericolo che genera il *duty to act*, debba essere valorizzato secondo i canoni della *gross negligence* (se non della *recklessness*, nelle giurisdizioni in cui la *criminal liability* possa scattare soltanto al ricorrere di tale forma di colpa con previsione).

Così, ad esempio, in *People v. Sanford*, New York L.J. 24138 (2004), che ha scrutinato il caso di una donna che, avendo assistito alla caduta della propria madre, da questi rassicurata, era uscita di casa rivenendone, al proprio ritorno, il cadavere, si è affermato: «In base alla definizione di *recklessness* e *criminal negligence*, elementi essenziali dei reati contestati all'imputata, deve esistere una prova che quest'ultima abbia percepito e ignorato, o semplicemente non abbia percepito un rischio sostanziale e ingiustificato che la morte o le lesioni sarebbero derivate dalla sua condotta omissiva, e che tale ignoranza o miopia fosse gravemente deviante rispetto ad uno *standard* ragionevole. Si deve trattare di un comportamento del tutto anomalo rispetto all'ordinario. La percezione o la percepibilità del rischio debbono essere valutati al momento in cui il soggetto ha agito, poiché altrimenti, vertendosi su fatti di omicidio o di lesioni, è chiaro che il rischio sussistesse. Nel caso di specie, si deve rilevare, per di più, che non sussiste un obbligo di tutela da parte del figlio minore nei confronti del proprio genitore, che può derivare, al più dalla creazione del pericolo. Per le ragioni esposte, l'accusa viene respinta».

Nel contempo, come già accennato, sembra che le corti d'oltreoceano siano giunte ad una valorizzazione, in chiave esimente, dell'*error iuris* (nonché dell'*ignorantia legis*) in misura maggiore rispetto all'atteggiamento che si riscontra negli orientamenti pretori nostrani¹³⁹, mentre la dottrina ha più volte evidenziato la necessità di ancorare il giudizio di colpevolezza alla verifica, più

aperti del sistema unitario italiano, Torino, 2013; PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa, 2015; MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016; BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, Torino, 2018; PONTEPRINO, *Il concorso morale nel reato*, Torino, 2024.

¹³⁹ Cfr. LAFAYE, *Principles of criminal law*, St. Paul, 2017, 244 ss; MCCUTCHEON, *Omissions and criminal liability*, op. cit.

generale, della esegibilità in concreto della condotta dovuta¹⁴⁰.

In ordine alla qualificazione della condotta in termini di azione o omissione, la giurisprudenza americana, in più occasioni, ha rimarcato come essa dipenderebbe dall'individuazione dell'elemento causale "decisivo" rispetto all'evento lesivo tipizzato. Ad esempio, con *Barber v. Superior Court*, 147 California App.3d 1006 (1983) si è affrontato il caso di due medici imputati per omicidio per aver interrotto, su indicazione della famiglia del malato, il trattamento artificiale di un paziente in stato di coma irreversibile a seguito di infarto. La Corte, allora, nel rilevare come la morte fosse dipesa dall'omessa somministrazione del sussidio medico anziché dal blocco delle macchine, ha escluso la responsabilità dei sanitari sottolineando come non gravasse su di essi alcun obbligo legale, in termini di "accanimento terapeutico"¹⁴¹.

¹⁴⁰ Vd. CHIAO, *Action and agency in the criminal law*, in *Legal Theory*, 2009, 1, 2 ss; HUSAK, *Does criminal liability require an act?*, in *Philosophy of criminal law. Selected essays*, Oxford, 2010, 17 ss.

¹⁴¹ Trattasi della complicata questione della qualificazione dell'interruzione del salvataggio (vd. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, il quale, riprendendo una metafora d'oltralpe, ha rilevato come essa sarebbe paragonabile ad «un figlio che dà un sacco di preoccupazioni»), che la Corte americana ha risolto prescindendo da un approccio fenomenologico. In tal senso, in dottrina, per il rifiuto del c.d. "bodily movement test", vd. ROSEMBERG, *Two models of absence of movement, in criminal jurisprudence*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2014, 1, 195 ss (il quale ha osservato come sarebbe da considerarsi attiva la condotta che avesse innescato *ex novo* un rischio ed omissiva quella che non fosse stata realizzata per eliminare un rischio già esistente). In argomento, nella dottrina nostrana, vd., in senso sostanzialmente adesivo, CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire e omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 3, 1145 ss; *contra*, DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, 32 ss, il quale ritiene, invece, che, in casi quale quello descritto nel testo, la condotta debba essere qualificata come attiva. Secondo Donini, più in generale, al fine di individuare la natura del comportamento ascrivibile al potenziale reo, occorrerebbe verificare se questi, dal punto di vista fattuale-naturalistico, abbia agito oppure sia rimasto inerte (anche rifiutando di compiere un'azione dovuta). Così, il medico che sbagliasse la diagnosi o la terapia, omettendo di compiere il comportamento salvifico, per questo studioso, sarebbe autore di un'azione. Ad ogni modo, per risolvere siffatti dilemmi (che si innestano in situazioni in cui sussiste una posizione di garanzia), non sembrerebbe scorretto condurre un ragionamento fondato sulla differenza tra "permettere" (che evoca l'omissione) e "provocare" (che evoca l'azione) l'evento lesivo tipizzato. A ben considerare, il medico che interrompe il trattamento non "provoca" la morte del paziente, bensì la "permette", non incidendo su di un decorso causale in atto. Così come "permette" la morte del paziente il medico che, avvedendosi del blocco del macchinario di sostegno da parte di altro soggetto, non si adopera per riavviarlo. Come pure "permette" la morte del paziente il medico che sbagliando diagnosi o cura, non consente o non pone in essere il trattamento salvifico. In senso analogo, vd. DRESSLER, *Understanding criminal law*, Durham, 2022, 107-109. Prescindendo, però, dalla peculiare questione dell'interruzione del salvataggio, si deve rilevare che anche la giurisprudenza italiana ha scaricato il criterio fenomenologico, sposando quello della c.d. "prevalenza", accreditato da Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, "Espenhahn", sul caso Thyssenkrupp: «l'esperienza giudiziaria mostra un quadro assai variegato. Vi sono situazioni sicuramente riconducibili alla causalità omissiva: il medico

In merito al *discrimen* tra *murder* e *manslaughter*, invece, la giurisprudenza (in un contesto connotato, comunque, da forte ambiguità e carenza di approfondimento teorico) sembra assegnare, talora, un ruolo preponderante alla natura e all'entità del rischio¹⁴². Si veda, ad esempio, *Commonwealth v. Pestinikas*, 617 A.2d 1339 (Pennsylvania 1992), intervenuta sulla morte di un uomo ultranovantenne, affidato alle cure di due individui i quali, pur percependo un lauto compenso per accudirlo, lo avevano abbandonato in un locale privo di servizi igienici e di riscaldamento, omettendo di fornirgli cure e alimenti.

Nell'occasione, la Corte suprema della Pennsylvania ha statuito: «L'omissione rispetto ad un dovere legale, che comporti la morte, può costituire *murder* laddove l'omissione sia stata intenzionale e vi sia stata la volontà di causare la morte. Allo stesso modo, consentire volontariamente a qualcuno di essere esposto a condizioni che probabilmente ne causeranno la morte, laddove vi sia il dovere di proteggere tale persona, costituisce *murder*. In merito alla pre-

che sarebbe tenuto ad accorrere in ospedale per un urgente intervento chirurgico preferisce restare a casa. Vi sono poi molti casi di incerta collocazione: il medico interviene, si adopera anche con sollecitudine, ma manca di compiere un atto che era essenziale, come stilare una corretta diagnosi o prescrivere una terapia appropriata. Oppure, il chirurgo trapianta un organo affetto da tumore, senza compiere le indagini preliminari che potrebbero scongiurare tale evenienza; o ancora l'imprenditore espone i lavoratori a dosi elevate ed incontrollate di una sostanza nociva, mancando di adottare le misure idonee ad eliminare o ridurre la diffusione del veleno. Il tema ha trovato differenti soluzioni in dottrina; mentre la giurisprudenza parla sempre di causalità omissiva, anche se spesso fa ragionamenti di causalità commissiva. Anche su questo punto le Sezioni unite Franzese hanno fornito un utile suggerimento, segnalando che molti casi che vengono trattati in termini di causalità omissiva sono in realtà situazioni di causalità commissiva. Pare che la risposta, talvolta problematica, debba tenere conto dell'ottica giuridica di attribuzione di paternità del fatto e di ciò che assume significato in questo senso. Insomma, si tratta di cogliere se nella spiegazione dell'evento abbia avuto un ruolo significativo e preponderante la condotta commissiva o quella omissiva. Allora, nel caso di errore diagnostico o terapeutico il fatto che l'agente si sia in qualche modo attivato è alquanto insignificante. Occorre quindi ragionare in termini di causalità omissiva. Invece nei casi del taglio della arteria, del trapianto o di esposizione incontrollata a sostanze dannose il comportamento attivo assume un significato preponderante nella spiegazione dell'evento. Si tratta quindi di causalità commissiva». In giurisprudenza (vd. Cass., Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 16761) si è argutamente osservato, peraltro, che in taluni casi e, in particolare, quelli di attivazione del rischio, azione ed omissione finiscono con il fondersi, come nel caso del soggetto che apre una voragine nel terreno in cui precipita la vittima: qui l'individuo è responsabile per una condotta di tipo attivo ma, a ben considerare, anche per una di tipo omissivo, avendo egli omesso di intervenire per richiuderla. La questione, in ogni caso, sul piano pratico apparrebbe rilevante laddove s'intendessero ammettere nell'omissione canoni ascrittivi, dal punto di vista della ricostruzione del nesso causale, meno rigorosi rispetto a quelli applicabili con riferimento all'azione.

¹⁴² KADISH-SCHULHOFER-STEIKER-BARKOV, *Criminal law and its processes. Cases and materials*, Frederick, 2012, 219.

sunta insufficienza delle prove, si può anche osservare che la condotta colpevole degli appellanti si è sostanziata nella consapevole privazione di cibo e cure mediche che sarebbe stato doveroso e possibile prestare, e che erano essenziali per la sopravvivenza della vittima. La giuria ha potuto ritenere, come ha effettivamente fatto, che tale condotta fosse stata perseguita dagli appellanti in modo volontario e doloso, causando così la morte dell'anziano uomo, che non avrebbe potuto non aver luogo nelle condizioni descritte e documentate dai rilievi fotografici raccolti in fase di indagini».

Quanto al panorama dottrinale (per il vero, assai più ristretto rispetto a quello nostrano), al fine di delinearne cursoriamente in questa sede alcuni tratti, si può rilevare come Paul Robinson (in *Criminal liability for omissions*, op. cit.) abbia sottolineato che la *omission liability* avrebbe generato nella prassi delle notevoli difficoltà ermeneutiche-applicative, con particolare riferimento alla definizione dello “sforzo” dovuto ai fini della soddisfazione del *duty to act*, con il rischio di colpevolizzazione dell'innocente; sicché, movendo dal “comune sentire”, per cui la responsabilità omissiva sarebbe *less culpable* rispetto a quella derivante dalla condotta attiva, ha suggerito ai legislatori americani di restringere le ipotesi di *duty to act* o, comunque, di prevedere per le fattispecie incriminatrici che s'innestano sull'omissione un trattamento sanzionatorio mite.

Allo stesso tempo, l'illustre Autore ha sottolineato come l'omissione finirebbe con l'agitare, frequentemente, dubbi sulla reale esigibilità dell'osservanza del precetto, specialmente nel contesto di autoesposizione a pericolo da parte del soggetto “beneficiario” dell'obbligo di agire e dei “conflitti di doveri”. In quest'ottica, Robinson ha censurato, allora, le scelte attuate da alcuni legislatori che, nel richiamare la *omission liability*, avrebbero espressamente contemplato, quale condizione esimente, la sola incapacità “fisica” di porre in essere la condotta imposta. Ciò proponendo, allora, la codificazione del più generale requisito della “*capacity to perform*”, per cui giurie e corti dovrebbero valutare, caso per caso, in base a tutte le circostanze in cui si è sviluppata la dinamica del fatto, se l'adempimento dell'obbligo fosse ragionevolmente esigibile. John Kleinig (in *Criminal liability for failures to act*, op. cit.), rimarcando come il *self restraint* dei legislatori americani in ordine alla criminalizzazione

dell'omissione di soccorso sarebbe frutto di una radicata visione individualista e della connessa limitazione degli obblighi di solidarietà sociale, ha notato come l'omissione possa presentare, sotto il profilo causale e nel prisma della *but for clause*, delle difficoltà maggiori rispetto all'accertamento dell'eziologia delle condotte attive, affermando come la *omission liability* implicherebbe degli inemendabili margini di discrezionalità in capo agli organi giudicanti, chiamati, di volta in volta, a verificare se la mancata attivazione del soggetto obbligato abbia o meno disatteso "ragionevoli aspettative".

William Wilson, poi, ha sottolineato come la tralatizia idea per cui l'omissione non potrebbe essere considerata tanto riprovevole quanto l'azione si sarebbe intrecciata con quella per cui la *negligence* dovrebbe essere perseguita penalmente solo in casi limite, così determinando, in origine, una forte restrizione del contenzioso relativo al *manslaughter*. Ciò nondimeno, secondo l'Autore, sulla scorta delle difficoltà di ricostruzione del nesso eziologico, i repertori mostrerebbero come in molti casi di *negligent liability* la giurisprudenza avrebbe finito con il valorizzare soprattutto la *breach of duty to act*, mettendo in ombra la causalità della condotta, nonostante che questa venga unanimemente ritenuta imprescindibile condizione per l'ascrizione nel diritto penale angloamericano moderno. Ciò generando un'asimmetria inaccettabile, atteso che, addirittura, l'omissione potrebbe risultare maggiormente "penalizzata" rispetto alla condotta attiva.

Posto il disvalore morale di alcune condotte omissive, l'Autore, con riferimento al *murder*, invece, ha formulato un'assai discutibile soluzione, ovvero sia quella di ammettere un allentamento del controllo relativo alla causalità dell'*omission* e, di converso, di limitare la *liability* alle ipotesi di dolo particolarmente intenso, ovvero sia quello intenzionale¹⁴³. Ciò, dunque, in un *landscape* che evidenzia la mancanza di coerenza di vedute tra gli studiosi del diritto e, forse, anche uno sbilanciamento della speculazione dottrinale verso l'obiettivo di costruire proposte originali piuttosto che credibili e razionali.

In un recente saggio, Kate Grealey, dopo aver rammentato la tradizionale idiosincrasia del diritto penale angloamericano alla criminalizzazione

¹⁴³ WILSON, *Murder by omission: some observations on a mismatch between the general and special parts*, in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2010, 1, 1 ss.

dell'omissione, testimoniata emblematicamente dall'atteggiamento dei legislatori statunitensi rispetto alla *bad Samaritan question*, ha sostenuto come, in realtà, il progressivo ampliamento dei *duties to act* contemplati a livello statuario contraddirebbe in maniera inequivoca l'adagio per cui l'omissione – come sostenuto ancor oggi da numerosi studiosi – sarebbe considerata nell'America contemporanea meno riprovevole rispetto alla condotta attiva, affermando, dunque, che la *criminal liability* per la *breach of duty to act* non sarebbe, sotto tale angolo prospettico, affatto “*special*”¹⁴⁴.

Il quadro tratteggiato mostra, allora, come le opinioni dottrinali siano frequentemente condizionate da valutazioni di ordine morale, tanto da giustificare, in questa sede, qualche ulteriore approfondimento.

9. *La moral question*. Il diritto penale statunitense è intriso di morale¹⁴⁵ e, giocoforza, molti studiosi della materia penale, ma anche numerosi filosofi del diritto¹⁴⁶ hanno soffermato la propria attenzione sui rapporti tra *omission liability*, per l'appunto, *morality*¹⁴⁷.

Tra coloro che si sono cimentati sul tema, vi è Joel Feinberg, autore della monumentale opera sull'*harm principle*, ovverosia sul principio di offensività “*American style*”, che l'Autore ha indagato con eccezionale acribia e ha posto in relazione, per l'appunto, con i *moral limits* dello *ius criminale*.

Lo studioso, nel volume *Harm to others*, ha analizzato, in particolare, nella prospettiva delle *failures to prevent harm*, la questione della criminalizzazione

¹⁴⁴ GREASLEY, *How omissions aren't special*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2023, 12, 1 ss. In tal senso, vd. anche FEINBERG, *On the moral irrelevance of bodily movements*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1994, 5, 1443 ss.

¹⁴⁵ HART, *Punishment and responsibility*, London, 1968; CADOPPI, voce *Moralità pubblica e buon costume (diritto anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 198 ss; PAPA, *Considerazioni sui rapporti tra previsioni legali e prassi applicative nel diritto penale federale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 4, 1258 ss; DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, 14 ss. Sui rapporti tra diritto penale e morale vd., di recente, nella letteratura nostrana, DI GIOVINE, *Dilemmi morali e diritto penale*, Bologna, 2022.

¹⁴⁶ Sulla centralità del tema della rilevanza penale dell'omissione nel contesto del dibattito della filosofia morale nei paesi di lingua inglese, vd. TRAMMELL, *The presumption against taking life*, in *Journal of Medicine & Philosophy*, 1978, 1, 53 ss.

¹⁴⁷ Nel panorama italiano, vd. *Azioni ed omissioni tra filosofia e diritto*, a cura di C. Del Bò, in *Notizie di Politeia*, 2019, 109 ss.

dell'omissione di soccorso e, dunque, la *bad Samaritan option*, rimarcando come siffatta scelta di penalizzazione si rilevarebbe del tutto legittima.

Più in dettaglio, tale opzione ben risponderebbe, per Feinberg, all'esigenza che sottende alla *criminal law*, ovvero sia la prevenzione dell'offesa a beni giuridici di rilievo, ponendosi, per di più, in linea con i precetti della morale, *id est* con il comune sentire in un determinato momento storico.

Dopo tale premessa, l'Autore ha sottoposto le *bad Samaritan laws* ad una sorta di prova di resistenza, confutando analiticamente le principali obiezioni formulate al riguardo da parte della dottrina. Ciò giungendo alla conclusione per cui «i soggetti che si trovassero in uno stato di pericolo grave ed imminente vantano un vero e proprio diritto di essere salvati da coloro che possano agire senza incorrere in alcun ragionevole rischio», a condizione che, per l'appunto, il pericolo attenga a «lesioni fisiche gravi o alla morte». «Le *bad Samaritan laws* possono essere riconciliate con l'*harm principle* attraverso due strade. In primo luogo, in quanto queste previsioni sono finalizzate allo stesso scopo perseguito dal suddetto principio, ovvero sia quello di prevenire l'offesa a beni giuridici di primario rilievo. Dal punto di vista della morale, non è significativo che gli obblighi di agire non derivino da un rischio attivato da colui sul quale è posto l'obbligo di salvataggio, ovvero sia che queste norme incriminatrici si distacchino parzialmente dall'*harm principle*, per il quale l'offesa è legata indissolubilmente alla condotta illecita del reo. La circostanza che causare un'offesa non sia pienamente sovrapponibile all'ipotesi di non evitare un danno riconducibile a fattori estranei è, dal punto di vista della morale, del tutto insignificante. Nell'ottica della morale, vi è sempre un buon motivo per imporre alla collettività sia di evitare di realizzare comportamenti dai quali derivi un pericolo o la lesione di un interesse di rilievo, sia di attivarsi per evitare che si verifichino frustrazioni di beni giuridici di elevato crisma. Ciò a condizione, in quest'ultimo caso, che la legge imponga sforzi minimi»¹⁴⁸. Altri studiosi che si sono soffermati sul tema dei rapporti tra omissione e *morality* hanno, poi, più in generale, rimarcato che il comportamento omissivo e la violazione del *duty to act* sarebbero idonei ad assumere un disvalore e una

¹⁴⁸ Sicché, sostanzialmente, Feinberg ha inteso dimostrare la congruenza di norme incriminatrici dell'omissione di soccorso tanto rispetto all'utilitarismo quanto al retributivismo.

riprovevolezza assimilabile a quella caratteristica del comportamento attivo, tanto da soddisfare le esigenze del *just deserts* (che è alla base della teoria retributiva che, attualmente, è dominante nella dottrina penalistica d'oltreoceano)¹⁴⁹.

Non si tratta, però, di un'opinione universalmente accettata; infatti, secondo Frances Myrna Kamm, ad esempio, sussisterebbe una rilevante differenza, in termini di *blameworthiness*, tra azione ed omissione. Secondo questa studiosa, infatti, la *moral culpability* sarebbe più elevata nel contesto dell'azione, poiché il bene giuridico di riferimento, in questo caso, potrebbe essere salvaguardato «senza alcun impegno» da parte del reo¹⁵⁰.

Vi è da aggiungere, a tal riguardo, che una larga parte della discussione statunitense su analogie e differenze tra *killing and letting die* s'innesta sul tema dell'eutanasia e del suicidio assistito. Si è dinanzi ad un tema di tale estensione da non poter essere analizzato *ex professo* in questa sede, tanto meno in prospettiva comparata con il panorama nostrano che, come risaputo, ha fatto registrare negli ultimi anni significative evoluzioni.

Valga, però, considerare che: i) gli ordinamenti giuridici statunitensi riconoscono il diritto dell'interessato di rifiutare le terapie anche attraverso disposizioni antecedenti alla perdita della capacità di esprimere la volontà¹⁵¹; ii) tutti gli ordinamenti vietano e sanzionano penalmente l'eutanasia (cioè il *consensual homicide*)¹⁵²; iii) l'aiuto a morire, ovvero il suicidio assistito, in alcuni Stati federati è legalizzato (California, Colorado, Hawaii, Maine, Montana,

¹⁴⁹ In senso analogo, circa l'equivalenza in termini di disvalore morale tra azione ed omissione, vd. HARRIS, *The Marxist conception of violence*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1974, 2, 192 ss; RUSSELL, *On the relative strictness of negative and positive duties*, in *American Philosophical Quarterly*, 1977, 2, 87 ss; RACHELS, *Killing and starving to death*, in *Philosophy*, 1979, 1, 159 ss; MALM, *Between the Horns of the Negative-Positive Duty Debate*, in *Philosophical Studies*, 1991, 3, 187 ss.

¹⁵⁰ KAMM, *Action, omissions, and the stringency of duties*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1994, 5, 1493 ss. Sulla linea della minor antisocialità dell'omissione rispetto all'azione, vd. anche FITZGERALD, *Acting and refraining*, in *Analysis*, 1967, 1, 133 ss; MACK, *Bad Samaritanism and the causation of harm*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1980, 1, 230 ss; SIMESTER, *Why omissions are special*, in *Legal Theory*, 1995, 3, 311 ss.

¹⁵¹ In argomento, al netto delle specifiche previsioni statutarie, vd. *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990). Su questa pronuncia e sul c.d. "diritto a morire", vd. ORENTLICHER, *Cruzan and surrogate decision making*, in *SMU Law Review*, 2020, 1, 155 ss.

¹⁵² AA.VV., *US medical and surgical society position statements on physician-assisted suicide and euthanasia: a review*, in *BMC Medical Ethics*, 2020, 21, 1 ss.

New Jersey, New Mexico, Oregon, Vermont, Washington e District of Columbia)¹⁵³; iv) in tutte le giurisdizioni è prevista una disciplina *ad hoc* dei casi di c.d. “*medical futility*”, ossia di ipotesi in cui il trattamento sanitario costituisca un accanimento terapeutico. Si tratta di situazioni in cui, in alcuni Stati, si prevede, a determinate condizioni, che il personale sanitario non sia obbligato a proseguire la cura, anche qualora difettino indicazioni in tal senso da parte del paziente o di soggetti che possano esprimersi per conto di questi¹⁵⁴.

Tali norme, allora, in qualche modo, hanno contribuito a rafforzare l’idea, di una parte della dottrina, per cui l’omissione rappresenterebbe, per il senso comune ma anche il diritto, una forma di condotta che, quantomeno, meriterebbe una disciplina più mite rispetto a quella accordata alla condotta attiva¹⁵⁵.

10. *La causalità dell’omissione.* Nel panorama angloamericano, la causalità, come ingrediente dell’*actus reus*, è stata oggetto di ampio approfondimento da parte della dottrina. La scienza penalistica di lingua inglese si è soffermata ampiamente sulla distinzione tra “*cause in fact*” – ovverosia sulla ricostruzione del nesso tra condotta ed evento dal punto di vista fisico-naturalistico – e “*legal cause*” – che evoca il concetto di “*proximate cause*” – rimarcando come la *criminal liability* dovrebbe essere ricostruita in base ad entrambi i suddetti paradigmi¹⁵⁶.

La centralità della verifica della causalità è stata, peraltro, messa a fuoco tanto dalle correnti di pensiero retributiviste, che hanno sottolineato come l’ascrizione di una responsabilità penale in difetto di tale elemento determinerebbe l’inaccettabile conseguenza di punire un soggetto senza che questi abbia

¹⁵³ Vd. SIMMONS, *Suicide and death with dignity*, in *Journal of Law and Bioscience*, 2018, 2, 436 ss; DRABIAK, *The harms of expanding physician-assisted suicide*, in *The Journal of Law Medicine*, 2025, 1, 1 ss.

¹⁵⁴ In argomento, vd., di recente, GRECO, *Disputing death: medical futility laws and procedure to facilitate end of life discussion among patients, family and practitioners*, in *South Dakota Law Review*, 2025, 1, 130 ss.

¹⁵⁵ Sul tema, vd., diffusamente, ROSEMBERG, *Act and omission in criminal law*, op. cit.

¹⁵⁶ In argomento, solo per rammentare alcuni, recenti saggi, vd. KNOBE – SHAPIRO, *Proximate cause explained: an essay in experimental jurisprudence*, in *The University of Chicago Law Review*, 2021, 1, 165 ss; GEISTFELD, *Proximate cause untangled*, in *Maryland Law Review*, 2021, 2, 420 ss; JOHNSON, *Dividing risks: toward a determinate test of proximate cause*, in *University of Illinois Law Review*, 2021, 3, 925 ss; FIRKINS, *Rethinking causation in English criminal law*, in *The Journal of Criminal Law*, 2023, 1, 18 ss.

realizzato un comportamento *blameworthy* (tale da giustificare il *just deserts*), quanto dagli utilitaristi, che hanno evidenziato come in tale evenienza il *punishment* giammai potrebbe raggiungere i propri, caratteristici *target*¹⁵⁷.

Volgendo alla *causation in fact*, è risaputo come negli *States* si faccia riferimento al c.d. “*but for test*”, corrispondente alla nostrana *conditio sine qua non*, al ragionamento condizionalistico, guidato dalle leggi scientifiche di copertura. Il *Federal Rules of Evidence*, pronunciamenti come *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 US 579 (1993), il *beyond any reasonable doubt principle* (in contrapposizione con il *more probable than not*, caratteristico della *tort law*) rappresentano temi talmente conosciuti in Italia da rendere inopportuna un’analisi *ex professo* in questa sede¹⁵⁸.

Quel che deve essere, invece, rimarcato è che la *proximate cause*, come forma di *imputatio iuris*, è idonea a stravolgere i risultati dell’analisi eziologica *in fact*, essendo essa potenzialmente in grado di restringere, ma anche di dilatare la *criminal liability* rispetto ai risultati cui condurrebbe una mera verifica della causalità in senso fisico-naturalistico, attraverso il ricorso al modello condizionalistico che, si potrebbe sostenere, è di fatto impiegato come criterio concorrente per “selezionare i candidati” all’addebito.

Secondo la comune accezione, “*causa proxima*”, difatti, indica, innanzitutto, un fattore causale *temporary near* all’evento lesivo, che autorizza l’interprete ad escludere, a determinate condizioni, dei fattori causali remoti, al fine di superare le note aporie della logica condizionalistica, in termini di *regressus ad infinitum*, già a livello del fatto tipico (*actus reus*).

Nel contempo, il paradigma guida la risoluzione del caso pratico attraverso l’esclusione della responsabilità per le condotte che rappresentassero un fat-

¹⁵⁷ Vd. MICHAEL, *Utilitarianism and retributivism: what’s the difference*, in *American Philosophical Quarterly*, 1992, 2, 173 ss; MOORE, voce *Causation in the law*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 4 febbraio 2024.

¹⁵⁸ Su questi temi, nella letteratura nostrana, vd. CENTONZE, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 4, 1232 ss; PIERGALLINI, *La regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, 593 ss; LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011, 257 ss; BRUSCO, *Scienza e processo penale: brevi appunti sulla valutazione della prova scientifica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1, 61 ss; DI GIOVINE, *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1, 29 ss; CANZIO, *A vent’anni dalla sentenza Franzese*, in *Riv. it. med. leg.*, 2022, 4, 969 ss.

tore causale di minima importanza (c.d. “*de minimis rule*”) rispetto ad un *set* più ampio nonché, attraverso l’intreccio con la *foreseeability* (e, quindi, con la penetrazione nell’*actus reus* di elementi caratteristici, a ben considerare, del versante psichico), nell’evenienza in cui la catena causale si rivelasse oltremodo “anomala” (specie nel contesto del concorso di cause, di cui al nostrano art. 41 c.p.¹⁵⁹), tanto che l’evento possa definirsi, per l’appunto, imprevedibile per il *defendant*.

Allo stesso modo, però, la *proximate cause* dà ingresso nel ragionamento causale a valutazioni che attengono al disvalore morale del comportamento tenuto dall’individuo, potendo importare, in questa prospettiva, una restrizione, ma anche una dilatazione della *criminal liability*, con risultati disallineati a quelli che sarebbero determinati dal *but for test*, come nel caso della causalità addizionale¹⁶⁰ e della disciplina del concorso di persone nel reato, consentendo di recuperare la tipicità di contributi individuali talora del tutto incolore (come nell’ipotesi dello strumento fornito e non utilizzato, nonché del suggerimento operativo non seguito dagli esecutori materiali, in cui la *responsability* viene attribuita, di frequente, sulle basi incerte e malleabili del rafforzamento dell’intendimento criminoso altrui).

Volgendo, ora, l’attenzione alla causalità dell’omissione, deve rimarcarsi come una larga parte delle speculazioni teoriche statunitensi si siano soffermate proprio sulla questione se alla condotta omissiva possa riconoscersi una reale valenza eziologica, con risultati che sono stati impiegati nelle più diverse prospettive (la negazione *in radice* della legittimità dell’intervento del diritto penale con riferimento all’omissione; l’affermazione dell’esigenza di limitare in maniera rilevante l’incriminazione dei comportamenti omissivi, specie con riferimento alla *bad Samaritan choice*; l’idea di limitare l’entità della sanzione della *omissive conduct* rispetto a quella accordata per quella di tipo attivo; la proposta di una modifica delle norme statutarie che, in determinati settori,

¹⁵⁹ Su tale, controversa disposizione, vd. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale*, Torino, 2013 e, più di recente, MEZZETTI, *Autore del reato e divieto di “regresso”*, Napoli, 2021.

¹⁶⁰ Che si riferisce alla c.d. “*causal overdetermination*”, ove si possono ipotizzare percorsi causali alternativi, riconducibili alla condotta illecita di diversi soggetti, nel qual caso, secondo la giurisprudenza statunitense, ciascuno viene ritenuto responsabile dell’evento, in deroga alla *but for clause*, per l’appunto. Vd. *People v. Brown*, 661 N.E.2d 287, 296 (Illinois 1996).

quali la disciplina dell'eutanasia¹⁶¹, ammettono la responsabilità per condotta di tipo attivo).

Di particolare importanza, in questo contesto, è il lavoro di Herbert Hart e Tony Honoré sul tema della *causation in law*¹⁶², assai influente anche negli *States*. Per sintetizzare, in linea generale, il pensiero di questi illustri Autori, si può rilevare come essi abbiano sostenuto come nel diritto penale le corti si debbano orientare, al fine di sviluppare la valutazione causale, secondo *common sense*, ovvero sia ragionando come l'uomo comune, che sarebbe in grado di distinguere razionalmente un fattore causale vero e proprio da una "*mere condition*", ovvero sia di un antecedente causale dell'evento del tutto insignificante sul piano della *criminal law*.

Hart e Honoré, dunque, hanno osservato come di frequente si verificherebbero situazioni in cui un evento tipizzato da una norma incriminatrice rappresenta il risultato di *multiple contributing factors* ma che «*the real cause*» dovrebbe essere individuata, nella lente della *proximate cause*, come quella che, secondo il senso comune, debba ritenersi maggiormente "importante". Ciò, ad esempio, attribuendo un carattere sorpassante a condotte di particolare disvalore (come quelle dolose, riferibili a terzi) che, inserendosi nella catena causale già attivata, ne devierebbero il corso, ponendo in risalto come la *criminal liability* potrebbe scaturire, di massima, solo nel caso in cui il decorso causale fosse prevedibile per il soggetto che avesse innescato la situazione di rischio.

Quanto alla causalità omissiva, gli Autori hanno argomentato diffusamente come anche l'omissione ben potrebbe rappresentare la fonte dell'evento lesivo dal punto di vista logico-naturalistico, soggiungendo che, anche in questo caso, l'interprete sarebbe tenuto a considerare soltanto quel fattore eziologico che possa essere definito come «normale e ragionevole» causa dell'evento in-
veratosi¹⁶³.

¹⁶¹ Che rappresenta l'ambito cui più di frequente si riferisce il lemma *killing and letting die* Vd. ROSEMBERG, *Act and omission in criminal law*, op. cit., *passim*.

¹⁶² HART - HONORÉ, *Causation in the law*, Oxford, 1959.

¹⁶³ Sull'impostazione di Hart e Honoré vd., nella letteratura nostrana, ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, Milano, 2009, 52 ss; LICCI, *La Metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011, 114 ss. Hanno rimarcato le affinità tra causalità attiva ed omissiva anche MACKIE, *Causes and conditions*, in

Altrettanto importante ed influente nel panorama di lingua inglese è l'opera di Michael Moore, autore di un'ampia ed originale produzione scientifica. Dal punto di vista di questo studioso, in linea generale, il diritto penale costituirebbe lo strumento per *retribuire* il reo rispetto a condotte spiccatamente antisociali, che meriterebbero un particolare *blame*, rigettandosi, di fondo, la validità dell'impostazione utilitarista, per la quale la *criminal law* costituirebbe lo strumento per prevenire la lesione di beni giuridici di rilievo, per la riabilitazione e reinserimento sociale del reo, per promuovere alcuni valori riconosciuti dalla collettività. Insomma, un *just deserts* "puro".

Per questo Autore, allora, sarebbero rilevanti le differenze tra *negative* e *positive duties*, riconducibili, rispettivamente, all'azione e all'omissione; secondo Moore, la violazione di obblighi di inazione sarebbe maggiormente "immorale" rispetto all'inosservanza del *duty to act*, poiché solo nel primo caso l'individuo provocherebbe un mutamento del reale, creando le condizioni per la lesione della sfera della vittima, mentre «*omissions do not cause anything*». Sicché, l'omissione, in quest'ottica, rappresenterebbe «un'eccezione rispetto all'*act requirement*», atteso che «l'omissione è semplicemente l'assenza di un'azione».

Da tali premesse, non si è pervenuti, però, a ritenere che la *omission liability* dovrebbe essere esclusa, quanto, piuttosto, che occorrerebbe sanzionare solo le condotte che, in violazione del *duty to act*, si rivelassero *morally significant*. Così, ad esempio, il genitore che omettesse di porre in essere il salvataggio del proprio figlio, di massima, terrebbe un comportamento meritevole di biasimo morale, tanto da far scattare il *just deserts*, sebbene occorrerebbe accordare a tali ipotesi un *punishment* di livello inferiore rispetto a quello che sarebbe irrogato nel caso di condotta attiva.

Secondo l'Autore, inoltre, la condotta omissiva, specie nelle *direct omission offenses*, rivestirebbe una antisocialità assai evanescente, tanto che occorrerebbe limitare fortemente, in questi ambiti, il raggio d'azione del diritto pena-

American Philosophy Quarterly, 1965, 1, 245 ss; LEWIS, *Causation*, in *Journal of Philosophy*, 1973, 11, 556 ss; PERKINS - BOYLE, *Criminal law*, op. cit., 773; LEAVENS, *A causation approach to criminal omissions*, op. cit.

le, evitando, di massima, di criminalizzare siffatte ipotesi¹⁶⁴.

11. *Cases law a confronto sul dilemma dolo/colpa*. La giurisprudenza italiana e quella statunitense mostrano approcci di fondo dissimili alla responsabilità omissiva nei reati d'evento. In Italia, infatti, la giurisprudenza tende a sostenere le proprie soluzioni con un maggior apparato teorico, mentre le corti americane sono assai più votate al pragmatismo. Tale impostazione casuistica, come si avrà modo di illustrare qui di seguito, coinvolge la distinzione tra dolo e colpa.

11.1. *Pifferi v. Candelario*. Con sentenza n. 2 dell'8 agosto 2024 (reperibile sul sito www.sistemapenale.it), la Corte d'assise di Milano è intervenuta sul caso – tristemente noto – di Alessia Pifferi, accusata dell'omicidio volontario della figlia Diana, di un anno e mezzo. La bambina era stata lasciata sola nell'abitazione dell'imputata, a Milano, dal tardo pomeriggio del 14 luglio 2022 fino alla mattina del 20 luglio 2022. Successivamente, nel corso delle indagini, si era potuto appurare che la bambina era morta per disidratazione e denutrizione. Così come era stato accertato che l'imputata avesse mentito a familiari e conoscenti, poiché, in procinto di partire per un viaggio di piacere, aveva riferito di aver affidato la propria figlia ad una *baby-sitter*. Di seguito, nel corso del processo, era emerso come la donna avesse già abbandonato, in diverse occasioni, la propria figlia, al fine di trascorrere del tempo da sola con il proprio compagno.

La Corte, allora, ritenuta l'imputata pienamente capace di intendere e di volere al momento del fatto, nonché fondata l'accusa, ha condannato la donna alla pena dell'ergastolo. In particolare, il collegio, esclusa la configurabilità dell'illecito aggravato dall'evento di cui all'art. 591 c.p., ha rilevato come la prova del dolo nella fattispecie di omicidio di cui all'art. 575 c.p. sia da ricavarsi attraverso i c.d. "indici sintomatici" desumibili dal contesto d'azione.

Da tali premesse, si è giunti, dunque, a ritenere che l'imputata avesse agito

¹⁶⁴ MOORE, *Act and crime. The philosophy of action and its implications for criminal law*, New York, 1993, *passim*. Questa impostazione è stata ribadita in MOORE, *Placing blame. A theory of criminal law*, Oxford, 1997, *passim*, nonché, diffusamente, in MOORE, *Causation and responsibility. An essay in law, morals and metaphysics*, Oxford, 2009.

con dolo omissivo a carattere eventuale, tenendo conto di fattori quali il *gap* tra la condotta tenuta e quella doverosa; il comportamento antecedente al fatto ascrivibile alla donna; la durata del comportamento *contra ius*, nonché l'alta probabilità di verificazione dell'evento (che, per la Corte, sarebbe stata ben chiara alla donna, per quanto emerso dalle dichiarazioni rese da questa nel corso di un interrogatorio). Ciò, dunque, impiegando alcuni dei parametri indicati dalla sentenza Thyssenkrupp (non, però, quello più stringente, rappresentato dalla prima formula di Frank)¹⁶⁵.

La vicenda presenta, allora, notevoli analogie con quella scrutinata da *State v. Candelario*, 2025-Ohio-105, pronunciata il 16 gennaio 2025, dalla Corte d'appello dell'Ohio, sull'accusa di omicidio mossa nei confronti di una donna, Kristel Candelario, di origini ecuadoregne. In particolare, con la sentenza in rassegna, rigettandosi il gravame proposto dall'interessata in ordine alla condanna per *aggravated murder*¹⁶⁶ nonché *child endangerment*, con pena dell'ergastolo *without the possibility of parole*, si è rilevato: «La condotta dell'imputata dimostra un livello di depravazione che pochi casi raggiungono. La morte della vittima è stata raccapricciante, lenta e – si può solo immaginare – straziante. La donna ha lasciato la propria bambina (di sedici mesi) da sola in una culla durante le vacanze. Quando Candelario è tornata a casa, dopo dieci giorni, ha chiesto l'intervento delle autorità. La bambina ha sofferto molto prima di morire. Il medico legale ha ipotizzato che la bambina fosse morta sette-otto giorni dopo essere stata abbandonata, rilevando come il cadavere mostrasse segni di grave disidratazione e denutrizione e che la vittima abbia ingerito le proprie feci nel tentativo di sopravvivere. Inizialmente Can-

¹⁶⁵ Su cui vd. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1990, spec. 175 ss; GENTILE, *Se io avessi previsto tutto questo...*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 ottobre 2013.

¹⁶⁶ Si tratta di una forma di *purposeful killing*, figura retta, a rigore, da dolo diretto, in questo caso aggravata per via della minore età della vittima. Si deve notare che in Ohio, così come in Italia, non è prevista una fattispecie di *depraved heart murder* (o dell'analogo *second degree murder*), che abbraccia l'omicidio con *oblique intention* (*dolus eventualis*, per impiegare la nomenclatura nostrana). Sicché, queste ipotesi "intermedie" (disciplinate *ad hoc* in altri ordinamenti con trattamento sanzionatorio meno severo rispetto al *first degree murder*) vengono ricondotte, di volta in volta, dalla giurisprudenza dell'Ohio, in maniera alquanto casuistica e senza particolari approfondimenti teorici, nell'alveo dell'omicidio volontario oppure dell'*involuntary manslaughter*. In argomento, vd. GIANNELLI, *Murder and aggravated murder*, in *Case Western Reserve University School of Law Faculty Publications*, 1999, 2, 1 ss.

delario ha mentito agli agenti di polizia e ha cercato di minimizzare il proprio comportamento. Dopo che gli investigatori hanno ricostruito i filmati delle telecamere di sorveglianza e le conversazioni con le persone con cui Candelario aveva viaggiato, è risultato chiaro che la donna avesse abbandonato la figlia da sola nella culla senza preoccuparsene».

Il raffronto tra le due pronunce, che sono approdate alla conclusione del dolo, conferma, dunque, come la giurisprudenza statunitense giunga a soluzioni drastiche attraverso motivazioni talora assai meno strutturate, dal punto di vista dogmatico, rispetto a quelle impiegate dalle corti nostrane, facendo, comunque, leva, ai fini dell'individuazione dell'elemento psichico sulla base totalmente illecita e sull'entità del rischio, valorizzando, cioè, i due elementi che tradizionalmente (vd. *supra*) le corti americane giudicano maggiormente significativi.

11.2. *Ciontoli v. Flippo*. Con la sentenza Cass., Sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, la Corte suprema ha definito il caso “Vannini”. La vicenda che ha originato il processo è ben nota al lettore, anche in ragione della grande *eco* mediatica che essa ha generato. In breve: l'imputato, Antonio Ciontoli, esplose involontariamente un colpo di arma da fuoco, all'interno della propria abitazione, che attinse la vittima, il giovane Marco Vannini. Talché, preoccupato delle conseguenze della propria azione, l'imputato, nonostante che le condizioni critiche in cui versava il ragazzo fossero evidenti, ritardò la chiamata dei soccorsi, omettendo, altresì, di fornire al servizio sanitario esatte informazioni sull'accaduto, che avrebbero consentito un intervento più tempestivo ed efficace, tale da evitare con probabilità confinante con certezza il decesso della vittima.

Tra le questioni centrali del processo, allora, vi era quella della sussistenza di un obbligo di garanzia gravante sull'imputato, nonché la qualificabilità della condotta da questi tenuta in termini di omicidio volontario, con dolo eventuale, oppure colposo, aggravato dalla previsione dell'evento.

Investita del ricorso, la Cassazione, dunque, innanzitutto, ha ritenuto che in capo a tale soggetto sussistesse il *duty to act*, ciò sulla base di una motivazione, però, oltremodo contorta.

Sebbene, infatti, ricorressero i requisiti dell'incapacità del titolare del bene giuridico di autotutelarsi, nonché quello della materiale possibilità per Antonio Ciontoli di scongiurare la lesione, e che potesse pure ritenersi pacifico (perlomeno secondo i dominanti orientamenti giurisprudenziali) che l'imputato rivestisse una posizione di protezione, avendo egli attivato il pericolo, la Corte ha sottolineato come l'obbligo di salvataggio promanasse anche dall'assunzione volontaria di tale dovere (per il fatto che l'imputato, dopo il ferimento, avrebbe cominciato a prendersi cura, in qualche modo, del giovane), dalla sussistenza di un rapporto para-familiare (la vittima intratteneva una relazione affettiva con la figlia dell'imputato e proprio per tali motivi Marco Vannini si era trovato, al momento del fatto, in casa Ciontoli) nonché dal rapporto di ospitalità. Per queste stesse ragioni, dunque, si è ritenuta sussistente la posizione di garanzia anche per i componenti della famiglia Ciontoli, pure imputati, presenti al momento del fatto (e che si erano attivati ispezionando il corpo del ragazzo, facendolo sdraiare, tamponando la ferita).

Talché, esclusa la configurabilità dell'art. 593 c.p. (per via della sussistenza, in capo agli imputati, di una posizione di garanzia "qualificata"), quanto all'elemento subiettivo, la Cassazione ha rimarcato come il comportamento tenuto da Antonio Ciontoli e dai suoi familiari a seguito del ferimento (con particolare riferimento al ritardo nella chiamata degli aiuti e alle false informazioni rese alle autorità sanitarie), la durata della condotta omissiva, il "calcolo" operato dal gruppo (in ordine ai riverberi, sulla carriera militare del capofamiglia, della scoperta – nel caso in cui la vittima fosse sopravvissuta – dell'imprudente maneggiamento dell'arma), l'alta probabilità di verificazione dell'evento-morte, nonché la natura illecita della condotta produttiva del rischio, costituissero un coacervo di elementi tale da giustificare l'addebito per dolo eventuale.

Evocando, inoltre, la prima formula di Frank, si è ritenuto sussistente il dolo per via del fatto che la vicenda avrebbe posto in luce come gli imputati avrebbero tenuto la medesima condotta omissiva anche nell'ipotesi in cui avessero avuto certezza del verificarsi dell'evento lesivo¹⁶⁷.

¹⁶⁷ La pronuncia è stata oggetto di vari commenti. Vd. COCCO, *La volontà dell'evento nel dolo eventuale come concetto non psicologico ma normativo ascrivito*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 5, 1502 ss (l'Autore,

La decisione, per il vero, solleva talune perplessità, con particolare riferimento alle statuizioni relative alle posizioni di garanzia; rappresenta, infatti, una soluzione perlomeno opinabile l'aver individuato tra le fonti dell'obbligo di agire la relazione para-familiare nonché il rapporto di ospitalità (che, per quanto rilevato in precedenza, non vengono valorizzati nel diritto penale statunitense), che determina un'eccessiva estensione della (già invero ampia) responsabilità omissiva, che si rivela in tensione irrimediabile con il principio di legalità (al cospetto dell'art. 40 cpv, che pur sempre richiama un "obbligo giuridico"). Ciò, ferma la responsabilità di Antonio Ciontoli per l'effetto dell'innescò del pericolo, nonché degli altri imputati, per via dell'assunzione volontaria della tutela del ferito¹⁶⁸, che ad essi si era affidato¹⁶⁹.

Il caso italiano presenta alcune analogie con quello analizzato da *Flippo v. State* 523 S.W.2d 390 (1975), deciso dalla Corte suprema dell'Arkansas, con cui i due imputati sono stati condannati per *involuntary manslaughter* ad un anno di reclusione, col beneficio della sospensione della pena. Il fatto: «I ricorrenti sono, rispettivamente, padre e figlio. Nel tardo pomeriggio del tragico giorno, il signor Flippo condusse suo figlio Bobby, nonché l'amico adolescente di quest'ultimo (Terry), in un campo di trifoglio a diversi chilometri dalla loro abitazione, con l'intento di cercare tracce di cervo in vista

condividendo l'epilogo, ha sottolineato come la sentenza avrebbe abbandonato, di fatto, la prima formula di Frank, dando rilievo all'accettazione del rischio. Tale soluzione, secondo lo studioso, sarebbe pienamente apprezzabile in quanto il dolo eventuale non costituirebbe entità puramente "psicologica", ma, per l'appunto, "normativo-ascrittiva"); DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, n. 1, 25 (per il quale, al di là delle motivazioni sviluppate dalla Cassazione, la condanna per omicidio doloso sarebbe dipesa dalla riprovevolezza della condotta tenuta dagli imputati e dai caratteri del rischio, piuttosto che da una vera e propria "accettazione dell'evento" da parte loro); CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in *Giur. comm.*, 2024, 4, 699 (che ha segnalato come la pronuncia sarebbe espressiva di una tendenza della giurisprudenza ad ampliare il novero dei soggetti gravati dell'obbligo di garanzia e, conseguentemente, della responsabilità omissiva). Per una critica in ordine all'allargamento delle fonti dell'obbligo di salvataggio segnato dal caso in esame, vd. anche A. GARGANI, *Lo strano caso dell'azione colposa seguita da omissione dolosa. Uno sguardo critico alla sentenza "Vannini"*, in *www.discrimen.it*, 18 novembre 2020.

¹⁶⁸ Che trova base giuridica nell'art. 2028 c.c., sulla c.d. "*negotiorum gestio*".

¹⁶⁹ Per questi soggetti gli esiti del processo sarebbero stati diversi laddove si fosse negata la sussistenza di una posizione di garanzia "qualificata". Operando l'obbligo di cui all'art. 593 c.p., pur in corrispondenza del dolo eventuale di omicidio, sebbene autorevole dottrina abbia sostenuto il contrario (PAGLIARO, *Il reato*, op. cit., 150), sarebbe stata applicata la circostanza di cui al co. 3 della predetta disposizione e non l'art. 575 c.p. Ciò, al netto dell'auspicabilità dell'intervento del legislatore per disciplinare adeguatamente siffatta ipotesi.

dell'imminente apertura della stagione di caccia. Tra le altre armi, Bobby, uno studente universitario, portò con sé un nuovo fucile. Il signor Flippo fermò il veicolo in prossimità dell'area e i due ragazzi scesero. Bobby prese il suo fucile pensando vi fosse la possibilità di avvistare un cervo. Dopo aver camminato per circa 150 metri, Bobby sollevò il fucile, che era dotato di un mirino telescopico, e sparò un colpo, pensando di aver individuato un cervo. Le condizioni meteorologiche ostacolavano la visibilità, poiché il cielo era coperto e si avvicinava il crepuscolo. Circa un minuto dopo, Bobby tornò al furgone ed espresse la sua convinzione di aver ucciso un cervo, che egli dichiarò aver sentito guaire. Bobby e Terry si recarono nel punto ove il primo aveva sparato e trovarono Roy Ralph Sharp. Sono state acquisite prove che la vittima fosse parzialmente nascosta dietro un albero. La vittima era cosciente e chiedeva aiuto. Si trattava di un individuo corpulento, la cui gamba sinistra era quasi staccata dall'anca. Bobby non prestò alcun aiuto, sebbene egli avesse vinto un premio per le conoscenze acquisite nell'ambito del soccorso sanitario. Gli imputati si recarono presso una vicina abitazione, che si rivelò poi essere la residenza del padre anziano della vittima. Lì riferirono di aver trovato casualmente una persona ferita e che avrebbero provveduto loro stessi a richiedere l'intervento di un'ambulanza. Gli imputati si allontanarono dal luogo con Terry e il signor Sharp, in seguito, si recò sul posto, scoprendo che il soggetto ferito era proprio suo figlio, che l'uomo tranquillizzò assicurandogli che presto sarebbe giunto il soccorso. I Flippo se ne andarono e guidarono fino alla loro casa, che era a quattordici miglia di distanza. Anziché fermarsi per chiedere aiuto, gli imputati si sforzarono, durante il tragitto, di individuare soluzioni per evitare responsabilità, quale quella di occultare il fucile. Solo dopo parecchio tempo il signor Flippo chiamò dal telefono di un bar un'ambulanza. La vittima è deceduta sul veicolo del signor Sharp, che, non intervenendo l'ambulanza, tentò disperatamente di salvare il proprio figlio. Un patologo ha testimoniato che la vittima è morta dissanguata e che avrebbe potuto essere salvata se fosse stata ricoverata in ospedale prontamente, così come pure ha riferito che banali accorgimenti, finalizzati a rallentare l'emorragia, avrebbero evitato la morte dell'uomo».

La Corte, allora, con una stringatissima motivazione, stabilì come il giovane

imputato fosse responsabile di omicidio colposo tanto per aver negligen-
temente sparato il colpo, quanto per aver omesso, dopo aver attivato una evi-
dente situazione di pericolo, di soccorrere adeguatamente e tempestivamente
lo sventurato.

Quanto alla posizione del signor Flippo, la Corte ha affermato: «in questo ca-
so si tratta di una questione assai più complicata. Egli, in qualità di genitore,
non può essere considerato un concorrente rispetto al ferimento perché
Bobby, uno studente universitario, era esperto nel maneggiamento delle armi.
Tuttavia, il signor Flippo e suo figlio avevano il dovere di prestare soccorso
all'uomo ferito, dopo averlo scoperto, e non lo hanno fatto causando la morte
della vittima. Ci sono almeno quattro situazioni in cui vi è obbligo di soccor-
rere. Si può essere ritenuti penalmente responsabili per una condotta omissi-
va: in primo luogo, quando una legge impone il dovere di prendersi cura di
un altro; secondo, quando ci si trova in una certa relazione di *status* con un al-
tro; in terzo luogo, quando si è assunto l'obbligo contrattuale di prendersi cu-
ra di un altro; e quarto, quando uno si è volontariamente preso cura di un al-
tro e ha isolato la persona indifesa in modo tale da impedire ad altri di presta-
re aiuto. Il caso che oggi ci occupa rientra nella quarta categoria ed è assimi-
labile a quello deciso da *Jones v. United States*, nel 1962. Il signor Flippo ha
rassicurato il padre anziano della vittima sul fatto che egli stesso avrebbe
provveduto a chiamare un'ambulanza. Il padre della vittima è rimasto sul po-
sto, rimandando qualsiasi tentativo di cercare aiuto, credendo che gli imputati
avrebbero agito rapidamente. Nel frattempo, la vittima, che gli imputati sape-
vano essere gravemente ferita, stava morendo dissanguata, chiedendo al padre
di non lasciarlo da solo, dopo essere stato rassicurato che i soccorsi sarebbero
giunti prontamente. Durante questo tempo, il signor Flippo ha percorso quat-
tordici miglia per raggiungere la sua residenza, nonostante ci fossero telefoni
nelle vicinanze. Un telefono pubblico, che gli imputati hanno superato, si tro-
vava a 2,3 miglia dalla scena della tragedia. Una volta arrivato a casa, il signor
Flippo ha istruito i giovani su come nascondere il fucile. Ci sono prove, dun-
que, che anche questo imputato è stato negligente».

Si tratta, allora, di una pronuncia che desta perplessità; innanzitutto perché il
sistema giuridico dell'Arkansas disciplina (vd. § 5-10-102) una ipotesi di *de-*

praved heart murder, che si concretizza laddove un soggetto abbia agito con «*extreme indifference to the value of human life*», al ricorrere della consapevolezza ed accettazione da parte del reo, autore di condotta illecita, di un elevatissimo rischio di lesione, in difetto di dolo intenzionale e, dunque, in fattispecie che presenta caratteri perlomeno a metà del guado tra colpa cosciente e dolo eventuale¹⁷⁰.

Per il resto, sembra potersi soggiungere come la pena irrogata, sulla base della contestazione dell'omicidio colposo, non corrisponda affatto all'elevato disvalore del fatto. Quel che, però, preme di più ribadire in questa sede è come la giurisprudenza statunitense affronti, di frequente, questioni cruciali, quale quella della linea di confine tra dolo e colpa, senza l'ambizione di edificare un solido impianto teorico, approdando non di rado a soluzioni alquanto apodittiche.

11.3. *Espenhahn v. Warner-Lambert Co.* «Sebbene fossero consapevoli che sussisteva un rischio ampio e indifferenziato di esplosione a causa della polvere di stearato di magnesio presente nell'ambiente, derivante dalle procedure impiegate nelle operazioni di produzione, gli imputati, sia l'impresa sia le persone fisiche, non possono essere ritenuti penalmente responsabili, sulla base dell'ipotesi di condotta imprudente o negligente, per la morte dei dipendenti verificatasi a causa di tale esplosione, la cui causa scatenante non era né prevista né prevedibile».

Con questa motivazione, resa in *People v. Warner-Lambert Co.*, 434 N.Y.S.2d 159, 414 N.E.2d 660 (New York 1980), la Corte d'appello di New York ha chiuso il sipario su una vicenda che presenta tratti simili a quelli della tragedia consumatasi nell'acciaieria torinese della Thyssenkrupp.

Atteso che il caso nostrano è oltremodo conosciuto, così come assai noti sono i contenuti della sentenza pronunciata dalle Sezioni unite, ci si soffermerà allora, in questa sede, solo sul *case law* statunitense, in ordine al quale è necessario, ai fini della ricostruzione del fatto, riportare qui di seguito alcuni stralci della pronuncia: «l'imputata *Warner-Lambert Co.* è un'impresa manifatturiera

¹⁷⁰ Vd. DUFFY, *Reality check: how practical circumstances affect the interpretation of depraved indifference murder*, in *Duke LJ*, 2007, 2, 425 ss.

che produce, tra l'altro, la *chewing gum* nota come "*Freshen-Up*". Gli imputati-persone fisiche sono dirigenti della predetta impresa. L'impianto di Thompson Avenue, a Long Island City, New York, è stato teatro dell'incidente. L'atto d'accusa ha ad oggetto sei capi d'imputazione per omicidio colposo, in conseguenza della morte di sei dipendenti, avvenuta in seguito ad una fortissima esplosione e ad un incendio nello stabilimento alle 2.30 del mattino del 21 novembre 1976. *Freshen-Up*, venduta al dettaglio sotto forma di compressa quadrata con un nucleo gelatinoso, veniva prodotta nello stabilimento mediante un processo in cui filamenti di gomma farciti venivano fatti passare attraverso un letto di stearato di magnesio (SM), un lubrificante secco e polveroso applicato manualmente, e poi in un punzone fustellato che veniva irrorato con un agente refrigerante (azoto liquido), dove la gomma veniva formata in compresse. Sia lo SM, sia l'azoto liquido venivano impiegati per impedire che la gomma si appiccicasse ai macchinari di calibratura e taglio; la tendenza all'adesione della gomma era minore se si utilizzava un lubrificante secco e il punzone veniva mantenuto a bassa temperatura. Il processo determinava una dispersione di polvere di SM nell'aria e un accumulo della sostanza alla base delle macchine di produzione oltre che sulle tubazioni aeree. Lo SM e l'azoto liquido sono considerati sicuri e ampiamente utilizzati nell'industria. Lo SM, però, è sostanza infiammabile e, se presente nell'aria in alte concentrazioni, con un innesco può generare un'esplosione. Analoghi pericoli sono, tra l'altro, legati all'azoto liquido. Il giorno del sinistro vi erano sei macchine in funzione per la produzione della *chewing gum*. Le macchine lavoravano pressoché ininterrottamente; tuttavia, al momento della catastrofica esplosione, verso la fine di uno dei turni di lavoro, era in funzione soltanto uno di questi apparecchi e i dipendenti erano impegnati a rimuovere la polvere di SM depositatasi alla base della macchina e sulle tubazioni sospese, spazzando con una scopa e utilizzando manichette ad aria compressa. Improvvisamente si verificò un'esplosione nell'area della macchina in funzione, seguita quasi immediatamente da una seconda esplosione, molto più grande, accompagnata da fiamme che causarono lesioni a oltre cinquanta lavoratori (sei dei quali non sopravvissero) e ingenti danni all'edificio e alle attrezzature. Un'accurata indagine *post-catastrofe* ha consentito di escludere che l'origine

dell'evento dovesse ricondursi ad un innesco intenzionale. Nel corso delle indagini si è giunti alla conclusione che la scintilla che provocò l'esplosione e l'incendio venne generata dal cedimento della macchina che era in funzione, poiché la sua base in ghisa cedette, verosimilmente a causa delle basse temperature cui la macchina era sottoposta attraverso l'utilizzo dell'azoto liquido. La catena causale, dunque, sulla base di questa ricostruzione, sarebbe stata attivata dalla scintilla derivante dal collasso del macchinario, trovando sviluppo per via delle polveri di SM presenti nell'ambiente e dell'azoto liquido. È stata acquisita la prova che nel febbraio 1976 la compagnia assicurativa dell'impresa aveva informato *Warner-Lambert* che la presenza di polvere di SM nell'area di produzione delle gomme *Freshen-Up* determinasse un rischio di esplosione, impartendo raccomandazioni per l'installazione di un sistema di aspirazione delle polveri e la modifica delle apparecchiature elettriche per soddisfare gli *standard* per le aree con presenza di polvere. Sebbene i singoli imputati avessero preso in considerazione diverse ipotesi per assicurare le condizioni di sicurezza, durante consultazioni e comunicazioni reciproche, la polvere di SM era ampiamente diffusa nell'aria e sedimentata nell'ambiente di lavoro il 21 novembre 1976. I dipendenti indossavano maschere e occhiali protettivi per proteggere gli occhi e le vie respiratorie e, poco prima della tragedia, durante le operazioni di spazzamento e aspirazione del SM accumulato, si alzava polvere e si creava una fitta nuvola tutt'intorno».

Sicché l'accusa formulata dal *prosecutor* aveva prospettato, in via alternativa, la responsabilità penale di tutti gli imputati per *manslaughter of second degree*¹⁷¹ o per *criminally negligent homicide*¹⁷².

La Corte newyorkese, allora, dopo aver rilevato come le fattispecie sopra in-

¹⁷¹ Di cui al § 125.15 del *New York Penal Code*, che s'innesta sulla *recklessness*, ovvero su una forma di colpa particolarmente grave, perché connotata dalla previsione dell'evento: «una persona agisce in modo sconsiderato rispetto a un evento che definisce un reato quando è consapevole o ignora volutamente un rischio sostanziale e ingiustificato che tale risultato si verifichi. Il rischio deve essere di natura e grado tali che il suo mancato rispetto costituisca una grave deviazione dallo *standard* di condotta che una persona ragionevole osserverebbe nella situazione».

¹⁷² Di cui al § 125.10 del *New York Penal Code*, che, in base a quanto disposto dal § 15.05, si concretizza, sotto il profilo del nesso psichico, allorché «una persona non percepisce un rischio sostanziale e ingiustificato che l'evento si verifichi. Il rischio deve essere di natura e grado tali che la mancata percezione dello stesso costituisca una grave deviazione dallo *standard* di condotta che una persona ragionevole osserverebbe nella situazione».

dicare, fino a quel tempo, non fossero mai state «applicate a decessi avvenuti nel corso di attività produttive», ha osservato: «non vi è dubbio che vi siano prove sufficienti a stabilire l'esistenza di un rischio ampio e diffuso di esplosione, che era noto agli imputati. Così stando le cose, il rischio era sostanziale e ingiustificabile¹⁷³. La questione che ci troviamo di fronte, tuttavia, è se gli imputati possano essere ritenuti penalmente responsabili per quanto effettivamente accaduto, sulla base di ipotesi di condotta *recklessly* o negligente, tenendo conto dell'atteggiamento degli imputati e dei fattori sia di prevedibilità che di causalità, che, combinati, costituiscono l'insieme su cui può essere fondata la responsabilità penale. Nel corso del processo, sono state acquisite testimonianze di esperti che hanno fornito varie spiegazioni alternative circa la causa dell'innescò. Di fronte a siffatte, diverse ricostruzioni, non è possibile accertare con sicurezza l'esatta dinamica causale e, in ogni caso, non vi è prova che questi decorsi causali fossero noti o prevedibili da parte degli imputati. In sintesi, non vi sono prove sufficienti a sostegno dell'affermazione che gli imputati abbiano previsto o avrebbero dovuto prevedere la causa fisica dell'esplosione. Pertanto, non vi sono prove giuridicamente sufficienti per accertare che la condotta tenuta dagli imputati sia qualificabile come *proximate cause* e la responsabilità per i reati contestati».

Ci si è già soffermati, allora, sul tema della causalità nell'omissione e sulla *proximate cause* (che involge l'elemento della *foreseeability*); valga, però, in questa sede, considerare come la decisione in rassegna si sia fondata su motivazione di correttezza alquanto opinabile, nella misura in cui, in fatto, le ipotesi alternative avanzate nel corso del *trial* sulla causa dell'innescò delle esplosioni e delle fiamme (tra cui quella elaborata in corso di indagini, sul collasso del macchinario, ritenuta dalla Corte stessa come quella maggiormente accreditabile) non sembrerebbero aver avuto ad oggetto fattori dal carattere anomalo o eccezionale tale da rendere imprevedibili gli sviluppi lesivi della situazio-

¹⁷³ Sul concetto di rischio “sostanziale e ingiustificabile” (*substantial and unjustifiable risk*), vd., *amplius*, *People v. Hall*, 999 P.2d 207 (Colorado 2000). In estrema sintesi, con il termine “sostanziale” si indica la sussistenza di un rischio, indipendentemente dalla sua entità (ma con esclusione delle ipotesi in cui esso debba ritenersi oggettivamente minimo e trascurabile), nonché del pericolo di lesione di un bene giuridico di primario rilievo, mentre “ingiustificabile” sta a significare che il rischio sia stato generato da una condotta illecita, poiché nelle stesse circostanze il *reasonable man* avrebbe agito altrimenti.

ne di pericolo generata dalla condotta omissiva tenuta dagli imputati, che, d'altro canto, ha certamente rappresentato un *substantial element* della catena causale.

Per altro verso, la pronuncia si rivela eterodossa rispetto agli orientamenti giurisprudenziali maggioritari negli *States* che, in punto di diritto, ai fini dell'attribuzione della *criminal liability*, non esigono affatto – così come in Italia¹⁷⁴ – l'esatta dimostrazione, da parte dell'accusa, della concreta dinamica causale, laddove qualsivoglia, plausibile ipotesi alternativa fosse comunque riconducibile eziologicamente alla condotta *contra ius* ascrivibile all'imputato¹⁷⁵. Sicché, la pronuncia si segnala non solo perché essa conferma la ritrosia della giurisprudenza d'oltreoceano all'attribuzione della *criminal liability* nell'ambito omissivo/colposo, ma anche per il percepibile *self restraint* nel particolare contesto dei “*white collar crimes*”¹⁷⁶. Insomma, un diritto penale, quello statunitense, dal volto truce nei confronti della criminalità dell'uomo comune e della delinquenza “da strada” ma assai *tender* con la buona società

¹⁷⁴ Nella giurisprudenza nostrana vd. Cass., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795: «ai fini dell'accertamento del rapporto di causalità non è necessario accertare tutti gli anelli causali che hanno condotto al verificarsi dell'evento purché siano stati individuati tutti i possibili percorsi causali e tutti siano riconducibili alla condotta colposa dell'agente». Cfr., altresì, Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2016, n. 22147, intervenuta proprio sul tema della responsabilità datoriale per infortuni sui luoghi di lavoro: «in tema di causalità, la dipendenza di un evento da una determinata condotta deve essere affermata anche quando le prove raccolte non chiariscano ogni passaggio della concatenazione causale e possano essere configurate sequenze alternative di produzione dell'evento, purché ciascuna riconducibile all'agente». Analogamente, in sede civile, vd. Cass., Sez. Lav., 27 aprile 2025, n. 10997. In argomento, vd. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, 1670 ss, il quale, però, ha mosso giuste critiche nei confronti di orientamenti pretori che tendono a svalutare eccessivamente il ruolo della ricostruzione della catena causale nel processo ed il requisito della prevedibilità.

¹⁷⁵ Cfr., ad esempio, *Burrage v. United States*, 571 U.S. 204, 216 (2014), emessa dalla *High Federal Court*, su cui vd., *ex multis*, JOHNSON, *Cause in fact after Burrage*, in *Florida Law Review*, 2016, 6, 1728 ss.

¹⁷⁶ Sulla scarsa presenza del diritto penale nel settore della tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, con rilievi critici in ordine all'ineffettività dell'apparato sanzionatorio apprestato attraverso le *pure omissive offenses*, vd. anche CIMINO, *Criminal prosecution of workplace safety violation*, in *West Virginia Law Review*, 1992, 4, 1007 ss; UHLMANN, *Prosecuting workers endangerment*, in *The Journal of the ACS Issue Groups*, 2009, 1, 191 ss; MACARTHUR – FROST, *Criminal sanctions*, in *Legal liability and loss prevention*, a cura di Schuneid, Sudbury, 2011, 133 ss; GERNSTEIN, *State and local workers' rights innovations: new players, new laws, new methods of enforcement*, in *St. Louis University Law Journal*, 2020, 1, 65 ss. Sulla linea *soft* di legislatori e giurisprudenza nel contesto, più generale, della criminalità economica, vd., *ex multis*, BUELL, *Capital offenses: business crime and punishment in America's corporate age*, New York, 2016.

e gli operatori economici...

12. *Concorso di persone e omissive liability*. Al fine di completare il quadro sulla *criminal liability by omission*, s'impongono brevi cenni alla disciplina del concorso di persone che, come risaputo, negli *States* è modellata in termini di c.d. "*derivative liability*", che implica la figura dell'esecutore (*principal* o *perpetrator*) e di coloro che, in sostanza, contribuiscono con la propria condotta (che può manifestarsi attraverso un largo ventaglio di ipotesi, dall'induzione all'aiuto) alla realizzazione dell'illecito (*accomplices* o *accessories*)¹⁷⁷.

Quanto, allora, alla *solicitation* (che corrisponde, grossomodo, alla nostrana istigazione, di cui all'art. 115 c.p.) e alla *conspiracy* (figura che richiama l'accordo, di cui al citato art. 115 c.p., ma che negli *States* è *ex se* punibile, anche nel caso di effettiva commissione del reato oggetto dell'intesa e, quindi, non solo come *inchoate offense*)¹⁷⁸, in linea di principio, non sembrano frapporsi ostacoli insormontabili alla loro configurabilità mediante condotta omissiva¹⁷⁹, sebbene una parte della dottrina statunitense escluda tale soluzione¹⁸⁰.

Quanto alla "*accomplice liability*" (o "*parties to a crime*"), ovvero sia alla responsabilità concorsuale "vera e propria", la giurisprudenza statunitense, a più riprese, ha chiarito (come già si è rammentato) che, in difetto di obbligo di garanzia, la mera presenza sulla scena del reato costituisca una connivenza non punibile, ma anche come un atteggiamento inerte che abbia avuto, comunque, l'effetto di indurre il reo a realizzare il reato, ovvero ne abbia rafforzato l'intento criminoso già formato o, comunque, abbia agevolato la consumazione dell'illecito possa essere, invece, ritenuto penalmente rilevante, anche in

¹⁷⁷ Sulla disciplina del concorso di persone nei paesi di *common law* vd., nella letteratura nostrana, MAUGERI, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2007, 581 ss.

¹⁷⁸ In argomento, nella letteratura italiana, vd. PAPA, voce *Conspiracy*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, 94 ss.

¹⁷⁹ Si pensi, per la *solicitation*, all'esempio del padre che, essendo venuto a conoscenza del proposito del figlio di compiere una rapina in una banca, di ritorno da una battuta di caccia, volutamente lasci aperto l'armadio in cui vengono custoditi i fucili. Quanto alla *conspiracy*, si può pensare al caso dei funzionari di un istituto bancario che, attraverso un messaggio *mail*, informino il *manager* sulla circostanza che, salvo diverse indicazioni del vertice aziendale, ometteranno, in violazione di una norma penale, una comunicazione alle autorità, nel qual caso è configurabile un accordo *per facta concludentia*, mediante un silenzio esplicativo.

¹⁸⁰ Vd. LAFAYE, *Principles of criminal law*, op. cit., 484, 531.

difetto del *duty to act*¹⁸¹.

Volgendo, ora, cursoriamente, l'attenzione alla cooperazione colposa, è risaputo che, in Italia, l'art. 113 c.p. rappresenta una delle norme più "misteriose" dell'intero sistema penale, che ha formato oggetto di un dibattito dottrinale che, negli ultimi tempi, è divenuto sempre più ampio e approfondito. Altrettanto noto è che le Sezioni unite, con la sentenza relativa al caso "Thyssenkrupp", hanno sposato la tesi della portata incriminatrice autonoma della disposizione sopra indicata, attribuendole, cioè, la capacità di rendere penalmente rilevanti condotte colpose che non sarebbero tali a livello monosoggettivo.

Il rifiuto dell'idea per cui si sarebbe al cospetto di una disposizione di mera disciplina (utile, cioè, al solo rinvio alle circostanze) è stato accompagnato dal rilievo per cui, ai fini dell'addebito, per evitare la creazione di veri e propri "capri espiatori", sarebbe necessario verificare, per ciascun cooperante, la violazione di specifiche regole cautelari e, nella condotta omissiva, di un obbligo di garanzia incombente sul singolo. Fermo che – ha soggiunto la Corte – la cooperazione di cui al citato art. 113 c.p. presupporrebbe la consapevolezza da parte del singolo del fatto che la propria condotta converga su quelle di terzi soggetti (requisito indispensabile per distinguere la cooperazione colposa dal concorso di cause indipendenti).

Si tratta, allora, di una decisione che solleva alcune criticità; ci si riferisce alla parte in cui le Sezioni unite hanno sostenuto come la consapevolezza dell'agire in gruppo implicherebbe il sorgere di doveri cautelari di "secondo livello", di sorveglianza sull'operato altrui e collettivo, al fine di rafforzare le barriere di prevenzione dell'evento lesivo. Ciò, però, con l'effetto della creazione *ex nihilo* di obblighi di impedimento e del totale svuotamento della funzione selettiva delle "sfere di competenza", che pure la Corte ha richiama-

¹⁸¹ Cfr. *State v. Parker*, 164 N.W.2d 633 (Minnesota 1969), su di un caso di un soggetto che aveva assistito ad un'aggressione; *State v. Goodwin*, 395 A.2d 1234 (New Hampshire 1978), su di un caso di violenza sessuale di gruppo. Su questi temi, vd. anche *People v. Swanson-Birabent*, 114 California App. 4th 733 (2003), su di un caso di responsabilità concorsuale omissiva per il reato di violenza sessuale perpetrato dal compagno della *defendant*, ai danni della figlia minore di quest'ultima. Il tema del *duty to prevent failure* è oltremodo ricorrente proprio nel contesto degli abusi familiari. In argomento, vd. GRIFFIN, *Which one of you did it? Criminal liability for causing or allowing the death of a child*, in *Indiana International & Comparative Law Review*, 2004, 1, 94 ss.

to nelle motivazioni. Il che rafforza la conclusione per cui, di fondo, l'art. 113 c.p. costituisca un materiale assai plastico nelle mani dell'interprete, tanto da poter generare soluzioni concrete in forte tensione con lo statuto delle garanzie del settore penalistico.

Negli *States*, in passato, in difetto di disposizioni assimilabili a quella del codice penale italiano, il concorso era concepito esclusivamente in termini dolosi (*intentional*, sulla base del c.d. "*common purpose*"), escludendosi recisamente la possibilità di configurarlo in ordine a fattispecie rette da *recklessness* o (*criminal*) *negligence*; tuttavia, negli ultimi anni, la giurisprudenza ha mutato indirizzo, ammettendo, per l'appunto, l'ipotesi di una *accomplice liability* con riferimento agli illeciti colposi¹⁸².

Si è ben lungi, però, dal grado di approfondimento e teorizzazione che connota il panorama nostrano, tanto che, a tutt'oggi, le pronunce che si soffermano su fatti colposi "plurisoggettivi" giungono a soluzioni alquanto apodittiche, mostrando come, in effetti, la colpevolezza nel contesto della cooperazione venga ricostruita, dalle corti, con scarni apparati motivazionali rispetto ai temi centrali della causalità, delle regole cautelari e delle obbligazioni di garanzia, dell'elemento psichico e del principio di affidamento¹⁸³.

13. *Conclusioni.* La disamina che è stata condotta in ottica comparatistica ha consentito di porre in rilievo talune analogie, ma anche significative differenze tra la *criminal law* statunitense ed il diritto penale italiano in tema di *omission liability*.

Così come in Italia (e in Inghilterra), la dottrina americana cominciò a rivolgere la propria attenzione all'illecito omissivo soltanto in tempi relativamente recenti, allorquando, cioè, i legislatori, a partire dalla seconda metà dell'800, iniziarono ad introdurre a sistema le *pure omissive offenses*, finalizzate a presidiare un numero via via crescente di settori di rischio.

¹⁸² Vd. DRESSLER, *Understanding criminal law*, op. cit. 465-466.

¹⁸³ Del resto, anche quella parte della dottrina - vd., ad esempio, KADISH, *Reckless complicity*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1997, 2, 369 ss, BOHAN, *Complicity and strict liability*, in *University of Colorado Law Review*, 2015, 2, 631 ss - che ammette la configurabilità della *negligent complicity*, non sembra averne tratto adeguati spunti per la costruzione di una teorica dell'illecito colposo plurisoggettivo, tale da evidenziarne peculiarità rispetto a quello monosoggettivo.

Fino ad allora, la *criminal liability* per condotte di tipo omissivo era stata considerata un'assoluta eccezione alla regola per cui l'intervento del diritto penale dovesse essere limitato a comportamenti connotati dal *bodily movement*, per di più assistito dal dolo (*intent*).

Attualmente, i sistemi penali americani, invece, prevedono un numero abbastanza consistente di *direct omission offenses*, nei più vari settori di rischio (tra cui la circolazione stradale, la tutela dell'ambiente e quella della salute/sicurezza sui luoghi di lavoro).

Si è dinanzi a figure che hanno sollevato discussioni in parte analoghe a quelle che caratterizzano il panorama nostrano, tra cui spicca quella della *overcriminalization*, atteso che esse contribuiscono a determinare il carattere ipertrofico del diritto penale contemporaneo.

Come si è avuto occasione di evidenziare, inoltre, tanto in Italia quanto in America tali fattispecie tendono a generare criticità quanto alla percepibilità del precetto mentre, per altro verso, esse sono correlate a sanzioni, di massima, assai blande e che, in tale prospettiva, sono state oggetto di censura (specie nel contesto della *safety at workplace*), perché esse costituirebbero, ad avviso di alcuni, un avamposto assai sguarnito nel prisma della tutela di beni giuridici di primaria importanza.

Tale elemento si sposa, in qualche modo, con la riluttanza dei legislatori americani a concepire dei *general duties to rescue*, cioè ad imporre obblighi di salvataggio generalizzati, attraverso l'incriminazione dell'omissione di soccorso (il che è espressione della *liberal idea*, ma anche della struttura della Costituzione americana, che è una carta delle libertà e che, a tutt'oggi, non contempla doveri di solidarietà sociale); tale scelta, allora, rappresenta (ad opinione di molti) un anacronistico retaggio, che delinea una rilevante diversità rispetto alle linee seguite da gran parte del mondo occidentale.

Quanto all'illecito omissivo improprio, si è avuto modo di osservare come la peculiarità della *criminal law* statunitense risieda nella rilevante limitazione della *liability* nel campo della colpa, poiché, di massima, essa è riservata ad ipotesi qualificabili in termini di *gross negligence* se non, addirittura, di *recklessness*, ovvero sia di colpa con previsione dell'evento lesivo.

Ciò si aggiunge all'opinione, a tutt'oggi sostenuta da dottrina assai autorevole

(il riferimento è, tra gli altri, a Michael Moore), per cui, di fondo, l'omissione stessa rivestirebbe un disvalore, una riprovevolezza morale inferiore a quella riscontrabile nelle condotte di tipo attivo; tale idea (che però – come si è avuto modo di illustrare attraverso il richiamo di alcuni *cases law* – non irradia uniformemente tutti i settori in cui può manifestarsi la *omission liability*), unendosi al paradigma della *proximate cause*, dunque, ha posto le corti americane nella condizione di esercitare il magistero penale attraverso una discrezionalità di ampia latitudine, che viene orientata spesso dal *moral blame* (o da finalità di politica criminale coltivate in sede pretoria) piuttosto che dall'accertamento rigoroso degli elementi costitutivi di fattispecie, dando luogo ad un diritto penale dell'autore (o per tipo di autore) piuttosto che del fatto.

Una rilevante differenza tra il sistema italiano e quello statunitense che è stata colta è costituita dalla tendenza della giurisprudenza d'oltreoceano ad approccio più spiccatamente casuistico, dall'incapacità delle corti di edificare un solido impianto teorico in ordine alla responsabilità omissiva, che si accompagna ad una speculazione dottrinale che fa registrare, per il vero, un netto ritardo evolutivo rispetto al grado di approfondimento che si riscontra in Italia, come del resto emblematicamente dimostra tanto la questione della definizione del confine tra dolo e colpa, quanto la *negligent complicity*.

Volgendo, ora, agli spunti che possono essere tratti dal confronto, si può rilevare come sarebbe auspicabile che il legislatore ridisegnasse il proprio approccio al reato omissivo, che anche nel nostro Paese – come attesta, ad esempio, il settore del diritto penale del lavoro – si è dimostrato del tutto inefficace in ottica preventiva¹⁸⁴; ciò facendo, piuttosto, ricorso al diritto amministrativo sanzionatorio, che sembra rappresentare un mezzo assai più idoneo, garantendo esso maggiore rapidità ed effettività e, si potrebbe rilevare, capacità dissuasiva¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Al netto delle criticità che sollevano, in Italia, figure che sanzionano comportamenti assai “distanti” dalla lesione di beni giuridici di rilievo, particolarmente diffuse in alcuni settori, quale anche quello della tutela ambientale, che si pongono in contrasto con il principio di offensività. Sul tema, vd. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, 12 ss.

¹⁸⁵ In argomento, vd. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

Nel contempo, non sarebbe affatto inopportuno un maggior impegno nel garantire un'effettiva conoscenza del precetto da parte dei destinatari, attraverso una maggiore chiarezza nella definizione delle norme e dei suoi effettivi destinatari, nonché attuando una maggiore selezione per l'accesso allo svolgimento delle attività pericolose.

Quanto all'illecito omissivo improprio, con particolare riferimento all'ambito colposo, invece, al fine di contenere il rischio di derive, sarebbe auspicabile, in ottica *de iure condendo*, una più puntuale definizione degli obblighi cautelari nonché delle posizioni di garanzia, cui si dovrebbe, però, anche affiancare un maggiore sforzo della giurisprudenza nell'ancoraggio delle decisioni in ordine alla *omission liability* ad un rigoroso accertamento della sussistenza di un reale obbligo di garanzia in capo all'individuo¹⁸⁶, nonché del nesso causale (che, non di rado, si limita, invece, alla verifica di un'astratta possibilità di influenzare il corso degli eventi) e della colpevolezza; ciò in quanto soluzioni sbilanciate sul *gap* tra condotta tenuta e *standard* di riferimento, su esigenze di prevenzione generale (che affiorano anche in ordine al *discrimen* tra colpa e dolo eventuale, che in alcune occasioni viene ricostruito in deroga ai criteri delineati dalle Sezioni unite) nonché di redistribuzione dei danni derivanti dall'esercizio di attività pericolose, si pongono in irrimediabile tensione con la matrice liberale dell'ordinamento, oltre che con i principi cardine della materia che, in Italia, si rivelano assai più stringenti di quanto essi non siano nel contesto statunitense.

¹⁸⁶ Sono, peraltro, ben comprensibili le obiezioni mosse da coloro che lamentano come l'apertura del sistema a obblighi non puntualmente previsti dalla legge possa implicare un'inammissibile estensione dell'egida del diritto penale, comprimendo gli spazi di libertà individuali e determinando soluzioni in forte tensione con i principi cardine della materia. Tuttavia, come rilevato da M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, op. cit., 391 ss, un'eccessiva limitazione degli obblighi di garanzia, con l'aggancio della responsabilità a violazione di doveri imposti da un novero eccessivamente risicato di fonti condurrebbe a soluzioni pratiche aberranti ed inique. Sicché, nell'ottica di evitare eccessi, in termini di abusi punitivi da parte della giurisprudenza, sarebbe certamente auspicabile, per l'appunto, che il legislatore precisasse quali debbano essere considerate le fonti idonee a generare la responsabilità omissiva, così come ben si potrebbe, per garantire il rispetto dei principi costituzionali di riferimento, indicare nella parte speciale, in relazione a figure incriminatrici controverse, i soggetti obbligati ad agire al fine di tutelare i beni giuridici che ne formano oggetto.