

## **La responsabilità penale del sindaco di un ente locale per omesso impedimento dell'evento morte tra “cortocircuiti” normativi ed ossimori valutativi.**

di *Lorenzo Brizi\**

Nota a CASS. PEN., SEZ. IV, 12 gennaio 2016, (dep. 13 maggio 2016), n. 20050

D'ISA *Presidente* – IZZO *Relatore*

**SOMMARIO:** 1. *Premessa.* – 2. *Profili strutturali della responsabilità per omesso impedimento dell'evento: la posizione di garanzia e le “ascendenze ideologiche” sovrastanti alla sua ricostruzione.* – 3. *“Formalismo” e “sostanzialismo” nella ricostruzione della posizione di garanzia.* – 4. *Gli “ambiti” della posizione di garanzia del sindaco. In particolare, la responsabilità per omesso impedimento di eventi lesivi derivanti da “insidie stradali”.* – 5. *La responsabilità per omesso impedimento dell'evento morte per mancata attuazione di poteri impeditivi tra indici normativi e profili sostanziali.* – 6. *Profili critici relativi alla costruzione di una posizione di garanzia in capo al sindaco: il “cortocircuito” interno al reato omissivo improprio.* – 6.1. (Segue). *B) Il “cortocircuito” interno al principio di separazione tra politica ed amministrazione.* – 7. *Dal principio di separazione tra politica ed amministrazione al “dominio della politica sull'amministrazione”. Le funzioni “taumaturgiche” del “Sindaco-Leviatano”.*

### **1. Premessa.**

Rispetto ad eventi lesivi della vita e dell'integrità fisica delle persone la tradizionale «flessibilità delle categorie dogmatiche»<sup>1</sup> e, in particolare, del reato omissivo improprio, si manifesta con tutta la sua evidenza.

---

\* *Dottorando di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi “Roma Tre”.*

La necessità di ricercare, infatti, il dato normativo alla stregua del quale valutare la “giuridicità” dell’obbligo di impedimento dell’evento, finisce molto spesso con il cedere il passo rispetto ad esigenze di «vittimizzazione di massa»<sup>2</sup> che si ingenerano di fronte alla drammaticità di alcuni eventi. Con la conseguenza per cui all’interprete venga restituita non solo una «causalità dimidiata»<sup>3</sup>, ma anche un modello di responsabilità (quella per omesso impedimento dell’evento) che finisce con il cristallizzarsi sulla “funzione” svolta da un determinato soggetto piuttosto che sul fatto in concreto verificatosi.

Si tratta di suggestioni che, stando almeno ad una prima lettura dei fatti, sembrerebbero emergere dalla sentenza oggetto del presente commento.

Una donna, all’atto di recarsi ad un concerto *jazz*, precipitava nel vuoto da un parapetto, dall’altezza di otto metri, riportando nell’impatto lesioni personali politraumatiche di tale gravità da cagionarne poco dopo il decesso. Del fatto, sono chiamati a risponderne, ai sensi dell’art. 40, secondo comma, c.p., il sindaco del Comune, il direttore della direzione cultura e il responsabile della Cooperativa “Archeologia”, concessionaria delle aree nelle quali si svolgeva il concerto.

Più nello specifico, al sindaco e al direttore della direzione cultura veniva contestato di aver consentito lo svolgimento di intrattenimenti pubblici in assenza del necessario adeguamento dell’area alle misure di sicurezza che si imponevano in conseguenza degli incidenti, alcuni dei quali parimenti sfociati in esiti mortali, segnalati negli anni precedenti ed avvenuti secondo le medesime modalità. Veniva, inoltre, contestata la violazione di due delibere con le quali il Comune assumeva integralmente a proprio carico gli oneri relativi alla realizzazione delle opere di adeguamento dell’immobile alle norme di sicurezza che sarebbe dovuta avvenire a prescindere da eventuali convenzioni con soggetti terzi per la realizzazione di specifici progetti<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, Jovene, 2000.

<sup>2</sup> M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*. *Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 65.

<sup>3</sup> Cfr., ancora, *Ibidem*, p. 65.

<sup>4</sup> Prospettiva di sicurezza, rileva la Suprema Corte, totalmente disattesa giacché l’illuminazione era largamente inferiore ai requisiti richiesti dalle norme tecniche UNI EN

Al responsabile della Cooperativa si contestava, invece, di aver gestito l'attività di intrattenimento nell'immobile sebbene questi non presentasse i necessari requisiti di sicurezza e inoltre di non aver previsto sistemi compensativi di sicurezza.

Limitando l'attenzione alla posizione del sindaco, il riconoscimento nei suoi confronti di una posizione di garanzia *anche* rispetto agli esiti letali prodottisi in conseguenza di intrattenimenti ludici, sottoposti alla organizzazione e gestione di terzi, rende inevitabilmente necessario compiere una (sia pur) breve disamina delle caratteristiche costitutive della fattispecie complessa delineata dall'art. 40, secondo comma, c.p. Solo dopo, infatti, aver delineato le peculiarità tipologiche di tale "meccanismo" di incriminazione, sarà possibile mettere a fuoco la rilevanza della questione sul piano sostanziale.

## ***2. Profili strutturali della responsabilità per omesso impedimento dell'evento: la posizione di garanzia e le "ascendenze ideologiche" sovrastanti la sua ricostruzione.***

La fattispecie entro cui la responsabilità del sindaco viene ricondotta dalla sentenza che qui si annota è quella del c.d. reato omissivo improprio, tale dovendosi considerare, secondo la dottrina tradizionale, l'ipotesi in cui al *non facere* segua la verifica di un evento<sup>5</sup>. Senza entrare nel merito di quel processo di «criminalizzazione di secondo

---

13201 per le aree destinate a passaggio pedonale, trattandosi in effetti di illuminazione architettonica, non destinata a consentire la fruizione al pubblico del complesso immobiliare dopo il tramonto. Non erano stati, poi, allestiti sistemi di protezione e la segnalazione del pericolo di caduta era da considerarsi totalmente inadeguata.

<sup>5</sup> Mentre il reato omissivo proprio, dunque, consisterebbe nel mancato compimento di un'azione giuridicamente dovuta, senza che dallo stesso derivino delle conseguenze sulla sfera giuridica altrui, il reato omissivo improprio, viceversa, si sostanzierebbe nella produzione di un evento tipico ai sensi della fattispecie commissiva base. Al criterio, ripreso *ex plurimis* nella dottrina italiana da T. PADOVANI, *Diritto penale*, X<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 141 e da A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Padova, Cedam, 1988, p. 67 e ss., si affianca una ulteriore distinzione, proposta dalla letteratura più recente, che, viceversa, tende a valorizzare la tecnica di tipizzazione legislativa. Sarebbero, in quest'ottica, *propri* i reati omissivi direttamente configurati tali dal legislatore penale; *impropri*, quelli ricavabili attraverso la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma, c.p. In questo senso, *ex multis*, G. FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, p. 549; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 5 e ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per*

grado»<sup>6</sup> che si realizza attraverso il ricorso alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma, c.p. e la possibilità che essa venga ricondotta, al pari del tentativo o del concorso di persone nel reato, nell'ambito della categoria delle forme di manifestazione dell'offesa penalmente rilevante<sup>7</sup>, è bene, piuttosto, rilevare come la disposizione *de qua* sollevi dal punto di vista strutturale problemi di non facile soluzione.

Se la questione relativa all'esatta individuazione dell'ambito applicativo della clausola di equivalenza potrebbe definirsi "risolta" in favore della soluzione che ritiene convertibili, sia pur non senza incertezze, solamente le fattispecie causali "pure"<sup>8</sup>, maggiori problemi ed incertezze si incontrano, viceversa, nella ricostruzione

---

*omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene, 2013, p. 229 e ss. Nella manualistica, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII<sup>a</sup> ed., Bologna, Zanichelli, 2014, p. 619-620. *Contra*, A. CADOPPI – M. ZANOTTI, *Il reato omissivo*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2001, p. 68.

<sup>6</sup> L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1995, p. 1268; EAD., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>7</sup> Si tratta di una assimilazione compiuta da L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, cit., p. 1268. In termini analoghi anche G. DE VERO, *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, in AA. VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, Cedam, 1995, p. 195 e ss.; ID., *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, vol. II, *Teoria del reato. Teoria della pena*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1498-1499.

<sup>8</sup> Si tratta di un'acquisizione ormai sufficientemente condivisa dalla letteratura giuridica. Cfr., *ex plurimis*, L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, cit., p. 1278. Nella manualistica, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 628, che, tuttavia, escludono la possibilità di convertire in ipotesi omissive i reati causali puri posti a tutela di interessi patrimoniali argomentando non già dalla "struttura" di tali reati quanto, piuttosto, dalla "funzione" svolta all'interno dell'ordinamento dal reato omissivo improprio. *Contra*, tuttavia, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2011, p. 190. Ulteriore problema si pone, poi, rispetto alle fattispecie in cui il legislatore costruisce il disvalore del fatto non solo sulla produzione di un evento ma anche sulle modalità tipologiche della condotta come accade, ad esempio, nella truffa. Per un efficace quadro di sintesi dell'ampio ed articolato dibattito sorto al riguardo, nonché per l'analisi della posizione giurisprudenziale, tradizionalmente favorevole a ritenere configurabile un "artificio o raggio" anche attraverso il silenzio maliziosamente serbato, si veda, di recente, E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2013, p. 395 e ss.

dell'obbligo giuridico di impedire l'evento che costituisce, a ben vedere, la caratteristica "saliente" dell'art. 40, secondo comma, c.p. Nell'economia del reato omissivo improprio, infatti, prima ancora di accertare se l'omittente abbia "condizionato" l'evento attraverso il mancato compimento di un'azione giuridicamente "dovuta", risulta necessario procedere alla individuazione del soggetto "attivo" del reato, titolare del relativo obbligo giuridico di impedimento dell'evento<sup>9</sup>. L'importanza della "soggettività omissiva"<sup>10</sup> è testimoniata da quanti considerano la fattispecie di cui all'art. 40, secondo comma, c.p. alla stregua non già di un reato comune quanto, piuttosto, di un reato "proprio"<sup>11</sup>. Non il *quivis de populo*, in quest'ottica, sarebbe da considerarsi destinatario di un così ampio e penetrante obbligo, ma solo un soggetto "particolarmente qualificato" che, nella disponibilità dei mezzi di cui dispone, sembrerebbe essere l'*unico* in grado di adempiere a siffatta pretesa<sup>12</sup>.

Nonostante l'unanimità di vedute registrabili in ordine al ruolo di assoluta *primauté* da riconoscersi al procedimento interpretativo valevole ad individuare il soggetto "omittente"<sup>13</sup>, maggiori problemi si scontano, tuttavia, in ordine all'individuazione dei

---

<sup>9</sup> Per tutti, F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 620.

<sup>10</sup> Rileva A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2007, p. 193, come l'esatta ricostruzione dell'obbligo giuridico di impedimento dell'evento consenta di «evitare eccessive estensioni della responsabilità» che, inevitabilmente, caratterizzano il meccanismo di incriminazione di cui all'art. 40, secondo comma, c.p.

<sup>11</sup> In questi termini, *ex multis*, P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 434; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 23-24; M. ROMANO, *Sub Art. 40*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 378; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, Nardini, 1985, p. 37; D.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 846 ss.; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 582.

<sup>12</sup> Cfr., sul punto, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., 2011, p. 191-192.

<sup>13</sup> La costruzione del reato omissivo improprio quale fattispecie a "soggettività ristretta", sembrerebbe rispondere, poi, alla esigenza di «compensare il divario tra la causalità reale dell'azione e la causalità normativa dell'omissione». In questi termini, G. FIANDACA, voce *Omissione*, cit., p. 558. Più in generale, sul problema relativo alla "causalità dell'omissione", si vedano, C.E. PALIERO, *La causalità nell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 821 e ss.; ID., *Causalità e probabilità tra diritto e medicina legale*, in *ivi*, 2015, p. 1507 e ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva e*

“criteri” alla stregua dei quali circoscrivere da un lato le situazioni tipiche suscettibili di creare degli obblighi di attivarsi e, dall’altro, valevoli a specificare il soggetto concretamente inciso dal relativo obbligo.

È possibile, in via di prima approssimazione, imputare tali discrasie interpretative ad almeno due fattori. Un primo fattore deriva, come del resto non si è mancato di sottolineare, dalla “tradizionale” indeterminatezza<sup>14</sup> della clausola di cui all’art. 40, secondo comma, c.p., che finisce con l’attribuire all’interprete l’esclusivo compito di individuarne il contenuto applicativo essenziale della disposizione.

Di non minore rilevanza, poi, sembrerebbero essere anche le “istanze ideologiche” registrabili in ordine al “ruolo” da attribuire al reato omissivo improprio.

Il passaggio dallo stato liberale allo stato sociale ha inevitabilmente determinato una radicale palingenesi dei compiti propri del diritto penale che da mero “spettatore” delle gesta altrui diviene “scenografo” e “sceneggiatore” delle decisioni dei consociati<sup>15</sup>.

Al paradigma, proprio di una ideologia liberale, per cui lo Stato può imporre ai consociati di *astenersi* dal compiere determinate condotte al fine di non invadere la sfera giuridica altrui, si affianca (prima) e sovrasta (poi) la richiesta di *intervenire* al fine di meglio proteggere beni giuridici altrui, in quanto ritenuti “meritevoli” di ottenere una tutela rafforzata in considerazione dell’incapacità del soggetto titolare.

Inevitabili le “ricadute” sul piano dell’“ambito di estensione” della fattispecie di omesso impedimento: alla stregua della prima impostazione risulterebbe necessario

---

*l'imputazione “per aumento del rischio, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1999, p. 32 e ss.; G. MARINUCCI, Causalità reale e causalità ipotetica nell’omissione impropria, in ivi, 2009, p. 523 e ss., nonché l’ormai “tradizionale” studio di F. STELLA, Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, IIª ed., Milano, Giuffrè, 2000, spec. p. 377 e ss.*

<sup>14</sup> Come rilevato da F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., p. 621, si tratta di una questione che, a ben vedere, affonderebbe le proprie radici nella «tecnica legislativa utilizzata per la configurazione dei delitti omissivi». Sui problemi, viceversa, sollevati con riferimento alla compatibilità della disposizione con il principio della riserva assoluta di legge, F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1993, p. 354; ID., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 269-270.

<sup>15</sup> Si richiamano, in questo modo, le parole di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, Giuffrè, 2003, p. 7. Per un efficace quadro di sintesi delle caratteristiche che il reato omissivo viene ad assumere in considerazione del “contesto” sociale nel quale esso viene inserito, si veda F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 337.

delimitare gli obblighi giuridicamente rilevanti *ex art. 40* secondo comma c.p. solo a quelli predeterminati dalla legge (e soltanto da essa); la seconda impostazione, ispirata a logiche di stampo prettamente solidaristico, dovrebbe “ammettere”, per così dire, la possibilità di lasciare al giudice la successiva opera di concretizzazione degli obblighi incombenti sui garanti<sup>16</sup>.

### 3. “Formalismo” e “sostanzialismo” nella ricostruzione della posizione di garanzia.

I profili “ideologici” qui succintamente riassunti, riproducono, per molti aspetti, le opzioni interpretative che, per lungo tempo, si sono contese il campo nella ricostruzione della *Garantenstellung*: la teoria formale, da un lato, e la teoria funzionale dall’altro.

Espressione del liberalismo ottocentesco, la *formelle Rechtspflichtstheorie* individua nella legge, nel contratto e nella precedente attività pericolosa il fondamento della giuridicità dell’obbligo giuridico d’impedimento dell’evento<sup>17</sup>. La teoria, pur avendo il conclamato merito di ancorare l’obbligo di garanzia, in ossequio al principio di legalità<sup>18</sup>, ad un fondamento giuridico-formale, non risulterebbe essere da sola in grado di “selezionare” quali siano gli obblighi *extra-codicistici* in grado di trasformarsi in altrettanti obblighi di impedimento dell’evento<sup>19</sup> finendo, in ultima analisi, con il

---

<sup>16</sup> Cfr., sul punto, l’ampia ed articolata analisi condotta da F.C. PALAZZO, *Op. ult. cit.*, p. 271.

<sup>17</sup> È, questo, il c.d. trifoglio, la cui prima elaborazione si deve ad A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1840, p. 24, così come citato da N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 39. Per l’accoglimento di tale impostazione nella letteratura italiana, si vedano, sia pur con sfumature alquanto differenti relativamente al novero di fonti suscettibili di “creare” obblighi giuridici di impedimento dell’evento, G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, XI<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1982, p. 280; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV<sup>a</sup> ed., Torino, Utet, 1967, p. 383; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 259 e ss.; I. CARACCIOLI, voce *Omissione (Diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, 1965, p. 895; A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., p. 196.

<sup>18</sup> In questi termini, F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, cit., p. 339.

<sup>19</sup> F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., p. 644. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 642, rilevano,

subordinare la punibilità *ex art. 40*, secondo comma, c.p., a valutazioni espresse in altri rami dell'ordinamento, non sempre assimilabili alle esigenze proprie del diritto penale<sup>20</sup>.

Per rimediare alle “insufficienze” della teoria formale<sup>21</sup> ed alle incongruenze applicative cui essa, in alcuni casi limite<sup>22</sup>, poteva condurre, un diverso approccio interpretativo ha fatto leva, viceversa, al “contenuto” ed alla “funzione” svolta all'interno dell'ordinamento dal reato omissivo improprio.

Muovendo dall'idea secondo cui esisterebbero, nel contesto legislativo vigente, interessi giuridici “privi” di una tutela giuridica “piena”<sup>23</sup> e in considerazione, poi, dell'incapacità del titolare di proteggerli adeguatamente<sup>24</sup>, la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma, c.p., risponderebbe all'istanza solidaristica di attribuire ad alcune categorie di soggetti il compito di “colmare” tale *deficit* di tutela. L'obbligo giuridico di impedimento, in quest'ottica, deriverebbe non tanto (o non solo) dalla esistenza di fonti formali, quanto dallo speciale “vincolo di protezione” che si creerebbe, in via fattuale, tra il bene da tutelare ed il soggetto garante.

---

in effetti, come «non ogni obbligo *extrapenale* di attivarsi [sia] automaticamente suscettivo di convertirsi in un obbligo di impedire l'evento (...) rilevante ai sensi di una fattispecie omissiva impropria».

<sup>20</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Op. ult. cit.*, p. 642.

<sup>21</sup> Come efficacemente rilevato da C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, IV<sup>a</sup> ed., Torino, Utet, 2013, p. 265, «l'individuazione delle fonti su cui può radicarsi l'assunzione di una posizione di garante (..) è idonea solo ad una preliminare *delimitazione* degli obblighi di garanzia; ma non fornisce criteri discretivi atti a stabilire in quali casi l'obbligo stesso concretamente insorga».

<sup>22</sup> Ragionando alla stregua della *sola* impostazione “formale” delle fonti dell'obbligo, ci si potrebbe domandare su chi ricada l'obbligo giuridico di impedire la morte del fanciullo nel caso in cui i genitori, “ingaggiata” una *baby-sitter*, siano usciti dall'appartamento prima del suo arrivo e prima dell'orario a decorrere dal quale sarebbe nato il rapporto contrattuale tra le parti; oppure, ancora, all'ipotesi in cui questa abbia preso in affidamento il bambino ma sulla base di un contratto invalido.

<sup>23</sup> Cfr., sul punto, F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975, p. 130, il quale, al termine di un'ampia ed articolata indagine storico-ricostruttiva, giunge a ritenere come la responsabilità omissiva sia costruita in guisa tale da riconoscere una tutela rafforzata in favore di interessi che pur trovando un riconoscimento nella Carta Costituzionale non beneficerebbero di una tutela “autonoma” pienamente soddisfacente.

<sup>24</sup> G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 644.



Anche tale ricostruzione teorica non ha mancato di suscitare perplessità in conseguenza della (inevitabile) “frizione” cui essa conduce con le esigenze della legalità «sotto il duplice profilo sia della fonte *non legislativa* sia del *contenuto indeterminato* degli obblighi di impedimento»<sup>25</sup>. Fondare, infatti, una posizione di garanzia sulla base di una “situazione di fatto” esistente tra garante-garantito, finirebbe con l’attribuire al(l’esclusivo) “fiuto” del giudice il compito di valutare l’*an* ed il *quomodo* dell’obbligo giuridico di impedimento dell’evento, con conseguente lesione del principio della riserva di legge in materia penale<sup>26</sup>.

La dialettica tra formalismo e sostanzialismo nella ricostruzione della c.d. *Garantenstellung*, sembrerebbe oggi trovare il proprio punto di sintesi<sup>27</sup> nella concezione ‘mista’, formale-funzionale<sup>28</sup> che, pur accogliendo i principali traguardi della concezione funzionale, ritiene imprescindibile legare l’esistenza di una posizione di garanzia ad un previo riconoscimento normativo. L’esistenza di una fonte formale risulterebbe essere il primo passaggio, necessario ma non ancora sufficiente, in vista della ricostruzione di un obbligo giuridico di impedimento dell’evento: la posizione di garanzia intanto può ritenersi operante, in quanto la “doverosità” d’intervento “preesista”, sulla base di una fonte giuridica, rispetto alla situazione di pericolo che il *Garant* è chiamato a neutralizzare<sup>29</sup>. Occorre inoltre che si tratti di un obbligo sufficientemente specifico<sup>30</sup> e rispetto al quale lo stesso garante sia dotato degli strumenti necessari per impedire l’evento<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> C.F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 272.

<sup>26</sup> Si vedano, sul punto, anche S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 370.

<sup>27</sup> Come rileva M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 363, «la teoria formale e la teoria funzionale dell’obbligo di impedire l’evento necessitano di reciproca integrazione; se la prima, infatti, non pone in evidenza il contenuto materiale dell’obbligo giuridico, la seconda corre il rischio di dimenticare la dimensione normativa necessaria alla nascita della posizione di garanzia».

<sup>28</sup> *Ex multis*, F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, cit., p. 337 e ss. Analogamente, anche N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., p. 50 e ss.

<sup>29</sup> A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., pp. 262-263.

<sup>30</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, cit., p. 203.

<sup>31</sup> Sulla rilevanza dei “poteri impeditivi”, si vedano N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., p. 50; ID., *Posizioni di garanzia e colpa*

In un'ottica "contenutistico-funzionale", poi, si è soliti distinguere tra gli obblighi di garanzia, suscettibili di fondare una responsabilità ai sensi dell'art. 40, secondo comma, c.p. in considerazione della disponibilità, in capo al garante, di "poteri d'impedimento" dell'evento, ed i meri obblighi di sorveglianza<sup>32</sup>. In quest'ultimo caso, il soggetto omissivo sarebbe dotato solo di poteri di vigilanza ma non anche di strumenti impeditivi risultando, dunque, impossibile poter addivenire ad una responsabilità per omesso impedimento dell'evento.

**4. Gli "ambiti" della posizione di garanzia del sindaco. In particolare, la responsabilità per omesso impedimento di eventi lesivi derivanti da "insidie stradali".**

Nonostante i tentativi, diversamente modulati, di "bloccare" entro schemi sufficientemente certi l'individuazione delle posizioni di garanzia, la suggestione ricavabile dalla casistica giurisprudenziale sembrerebbe essere quella secondo cui l'art. 40, secondo comma, c.p., si presti a fornire un catalogo "aperto" e pressoché indeterminabile di garanti<sup>33</sup>.

Dal medico, tradizionalmente riconosciuto come titolare «di una posizione di garanzia *ex lege* discendente dagli articoli 2 e 32 Cost.»<sup>34</sup>, ai sindaci ed agli amministratori delle società per azioni, responsabili per l'omesso impedimento di reati societari o a danno

---

*d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 150; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999. Nella manualistica, Cfr., A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 2015, p. 275, nonché, sia pur con sfumature differenti, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., p. 191 e ss.

<sup>32</sup> Per tutti, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 76.

<sup>33</sup> Così, D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, VI<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 221.

<sup>34</sup> In questo senso, si veda Cass., Sez. IV pen., 1 dicembre 2004, n. 9739, in *Diritto&Giustizia*, 2005, p. 75 e ss., con nota di G. IADECOLA, *Il medico è sempre garante della salute*; e in *Cass. pen.*, 2006, p. 2158 e ss., con nota di A. ROIATI, *L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica*.

della società in considerazione della «serie numerosa di strumenti giuridici»<sup>35</sup> valevoli ad impedire la commissione di reati, la ricostruzione della c.d. *Garantenstellung* si arricchisce di nuovi ed ulteriori contenuti in considerazione delle specificità che, di volta in volta, caratterizzano l'accadimento concreto ed il soggetto della cui responsabilità trattasi.

È quanto accade con riferimento specifico alla posizione di garanzia ricostruita a carico del sindaco di un ente locale dove è dato registrare una casistica giurisprudenziale particolarmente ampia<sup>36</sup>.

Dal settore degli appalti pubblici, dove viene riconosciuta una posizione di garanzia sull'operato dell'appaltatore<sup>37</sup>, alle problematiche ambientali connesse alla gestione dei rifiuti e degli impianti di depurazione<sup>38</sup>, la responsabilità commissiva mediante omissione del sindaco è stata riconosciuta anche in caso di eventi pregiudizievoli nei confronti della vita e dell'incolumità dei consociati.

È certamente quest'ultimo l'ambito interpretativo maggiormente problematico. Ciò non solo per la delicatezza degli interessi che vengono in gioco, ma anche (e soprattutto) perché si tratta di stabilire se il mancato esercizio di poteri impeditivi (pur oggettivamente) esistenti in capo al sindaco, sia per ciò solo in grado di giustificare un

---

<sup>35</sup> F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, pag. 317 e ss.

<sup>36</sup> Particolarmente efficace la casistica giurisprudenziale delineata da A. BOIDO, *La posizione di garanzia*, in *Commentario sistematico del diritto penale. Il reato*, opera diretta da M. Ronco, II<sup>a</sup> ed., Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 335-336.

<sup>37</sup> Cfr., Cass., Sez. IV pen., 29 novembre 2005, n. 14180, in *Dejure*, secondo cui: «L'affidamento in appalto dell'esecuzione di opere pubbliche comunali implica che il sindaco assume la veste di committente, che non esclude in capo allo stesso il mantenimento della posizione di garanzia in riguardo alle situazioni di pericolo, da lui conosciute, esistenti nell'area interessata dai lavori dati in appalto e temporaneamente sospesi dall'impresa appaltatrice, perché il sindaco è titolare di poteri autoritativi che gli consentono di supplire all'eventuale inerzia o all'impossibilità concreta di agire sollecitamente da parte dell'appaltatore». Analogamente, di recente, Cass., sez. IV pen., 29 marzo 2016, n. 17010, in *ivi*.

<sup>38</sup> Si veda, al riguardo, l'ampia ed articolata analisi condotta da G. MARCONI, *Rappresentanza politica e responsabilità per omissione impropria. Il paradigma degli enti locali territoriali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 129 e ss., al quale si rinvia, inoltre, per la giurisprudenza citata.

ampio e quanto mai evanescente dovere di protezione nei confronti dei consociati rispetto a situazioni di pericolo che potrebbero cagionare loro un danno.

Al quesito, la giurisprudenza ha ritenuto di dover fornire una risposta positiva anzitutto con riferimento alle ipotesi di morte o lesioni quale conseguenza di incidenti cagionati dalla mancata manutenzione stradale.

Dietro la “rassicurante” affermazione secondo cui non sia rinvenibile nell’odierno assetto normativo un obbligo di protezione in capo al sindaco che sia tale da renderlo garante di ciascuno dei beni giuridici primari di ogni singolo cittadino<sup>39</sup>, non sono mancate pronunce che hanno viceversa riconosciuto una posizione di controllo in capo all’organo di governo in considerazione dei suoi poteri organizzativi, politici ed amministrativi.

In questi termini, è stata sovente ricostruita una responsabilità per omesso impedimento di eventi lesivi della vita e dell’incolumità personale dei consociati derivati da “insidie stradali”, tali dovendosi considerare l’ipotesi in cui il territorio comunale destinato al transito ed alla sosta di veicoli e pedoni presenti una insidia o un trabocchetto che sia inevitabile con l’uso della normale diligenza e costituisca fonte di pericolo per la incolumità degli utenti i quali facciano ragionevole affidamento sulla sua regolarità<sup>40</sup>.

Ipotesi nelle quali, dunque, emergerebbe una posizione di garanzia (anche) nei confronti del sindaco nel caso in cui, pur conosciuta la situazione di pericolo, non abbia adottato alcun provvedimento volto alla “messa in sicurezza” della zona incriminata o, più radicalmente, ad inibirne l’accesso<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> In questi termini, Cass., Sez. IV pen., 16 gennaio 1998, n. , con nota di I. LEONCINI, *Strade comunali: obbligo del sindaco di controllarne la pericolosità*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 1409 e ss., dove si rileva come tale obbligo sarebbe difficilmente «esigibile considerata l’enorme varietà delle situazioni e la indefinita possibilità dei pericoli che ai cittadini possono derivare dal quotidiano e multiforme atteggiarsi e svolgersi della vita quotidiana dei membri della comunità». In dottrina, Cfr., L. PACIFICI, *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2014, p. 6.

<sup>40</sup> Per un’ampia disamina della materia, si rinvia ad A. DI LANDRO, *Le “insidie stradali” e la responsabilità colposa dei dirigenti e degli amministratori pubblici locali: punti fermi e questioni ancora aperte nella giurisprudenza di legittimità*, in *penalecontemporaneo.it*, 8 luglio 2011.

<sup>41</sup> Cfr., Cass., Sez. IV pen., 16 gennaio 1998, cit., ancora secondo cui, in tali ipotesi, il «Sindaco è tenuto a porre rimedio alla situazione di pericolo eliminandone la fonte od anche

**5. *La responsabilità per omesso impedimento dell'evento morte per mancato esercizio di poteri impeditivi tra indici normativi e profili sostanziali.***

Il mancato esercizio di poteri impeditivi sembrerebbe, poi, costituire (uno) dei presupposti in presenza dei quali viene riconosciuta una posizione di garanzia in capo al sindaco dalla sentenza in commento.

Questi, più nello specifico, avrebbe “condizionato”, attraverso la sua omissione, la verifica della morte della giovane donna dapprima non esercitando un potere impeditivo volto a negare la concessione dell'area per lo svolgimento del concerto; poi, per non aver adottato poteri di controllo e di sorveglianza sull'operato dei suoi dirigenti. Di fronte, infatti, all'inerzia di questi nella predisposizione di cautele atte a scongiurare l'evento morte, il sindaco avrebbe dovuto sostituirsi agli organi di concreta gestione, in vista dell'adozione di una delibera con la quale eliminare la situazione di pericolo e rendere la zona maggiormente sicura.

Il riconoscimento di una posizione di garanzia in capo al sindaco, avviene attraverso una commistione tra dati normativi e profili sostanziali.

Fondamento giuridico dell'obbligo è anzitutto l'art. 50 del Testo Unico degli Enti Locali che definisce il primo cittadino come organo responsabile dell'amministrazione del Comune<sup>42</sup>. Si tratta di una disposizione che, sebbene ponga un generale ed ampio obbligo a carico del sindaco, deve necessariamente essere coordinata con il successivo art. 107 Tuel che, in attuazione del principio di separazione tra politica ed amministrazione, individua la responsabilità degli apparati burocratici dell'organizzazione pubblica<sup>43</sup>.

---

apprestando adeguate protezioni, ripari, cautele ed opportune segnalazioni fino ad interdire l'uso della strada o di altro spazio con l'esercizio dei poteri ordinatori in via contingibile ed urgente».

<sup>42</sup> Il primo comma della disposizione citata, stabile infatti che «Il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili dell'amministrazione del comune e della provincia».

<sup>43</sup> Vale la pena riportare il contenuto dei primi tre commi della disposizione di cui all'art. 107 Tuel: «Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.

Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi

Tale principio, come ampiamente noto, nella elaborazione che ne è stata fornita a seguito della sua prima “consacrazione” negli interventi legislativi degli anni novanta<sup>44</sup>, si ripropone l’obiettivo di soddisfare un modello amministrativo il più possibile “neutrale” e “terzo” rispetto all’andamento della “macchina amministrativa”<sup>45</sup>, in attuazione dei principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione di cui all’art. 97 Cost<sup>46</sup>. La reciproca integrazione, infatti, tra un modello, quello politico, teso necessariamente al perseguimento di interessi di parte ed un modello, quello amministrativo, scevro da condizionamenti della

---

*espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108.*

*Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti; d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; e) gli atti di amministrazione e gestione del personale; f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie; g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale; h) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza; i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco».*

<sup>44</sup> Per un efficace quadro di sintesi delle “tappe” che hanno condotto alla progressiva valorizzazione del principio di separazione tra politica e pubblica amministrazione, Cfr., L. PACIFICI, *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2014, p. 30 e ss.

<sup>45</sup> Particolarmente efficace, per la comprensione del principio, l’adagio di F. MERUSI, *I rapporti tra governo e amministrazione*, in *L’amministrazione e la Costituzione*, a cura di S. Cassese, G. Arabia, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 25 e ss.: «se si vuole che l’amministrazione sia imparziale, questa non può essere diretta da forze esterne, perché la direzione esterna dell’amministrazione, è di per sé sinonimo di parzialità e un’amministrazione parziale è un’amministrazione inefficiente. Se l’esecutivo deve ritornare un potere dello Stato occorre separare il governo e, più in generale, la direzione politica dall’amministrazione».

<sup>46</sup> C. COLAPIETRO, *Governo e amministrazione. La dirigenza pubblica tra imparzialità e indirizzo politico*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 5 e ss.; S. MONZANI, *Il principio di separazione tra funzione di indirizzo politico e funzione di gestione quale valore di rango costituzionale funzionale alla realizzazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell’azione amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, p. 119 e ss.

maggioranza e caratterizzato da un alto grado di tecnicità e specializzazione<sup>47</sup>, sembrerebbe proporsi l'obiettivo di spogliare il sindaco di ruoli, compiti e funzioni che, *funditus*, non sembrerebbero dover riguardare la sua caratterizzazione politica.

La delimitazione dei poteri del sindaco attuata da tale ultima disposizione viene, tuttavia, considerata dalla sentenza in commento un dato non decisivo ai fini della valutazione di una sua "irresponsabilità" per il fatto verificatosi. Se è vero, infatti, che la norma distingue tra poteri di indirizzo e di controllo politico amministrativo, demandati agli organi di governo, e poteri di concreta gestione demandati agli organi amministrativi, ciò non esclude, ad avviso della Suprema Corte, che il primo cittadino debba svolgere un ruolo di controllo sull'operato di questi ultimi<sup>48</sup>.

Il riconoscimento di una posizione di garanzia del sindaco viene poi valorizzato attraverso il richiamo al concetto di "gestore del rischio" così come individuato dalla sentenza *Thyssenkrupp*<sup>49</sup> e che riecheggia, per certi aspetti, quell'indirizzo interpretativo, elaborato dalla dottrina tedesca, che ravvisa una posizione di garanzia nei confronti di chi abbia «la signoria sull'accadimento concreto»<sup>50</sup>.

La teoria, sia pur elaborata nell'ambito del diritto penale dell'impresa per individuare gli obblighi suscettibili di determinare una responsabilità omissiva dell'imprenditore, potrebbe trovare una sua autonoma validità applicativa anche rispetto alla posizione del sindaco. Una volta riconosciuto un potere direttivo ed organizzativo di questi rispetto all'operato dei propri dirigenti, la *Garantenstellung* di questi ben potrebbe essere individuata, da un punto di vista funzionale, attraverso il richiamo ad un ampio

---

<sup>47</sup> *Amplius*, sul significato del principio nella scissione di "ruoli", "competenze" e "funzioni" tra politica ed amministrazione, A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Napoli, Jovene, 2002, p. 75 e ss.

<sup>48</sup> Dovere di controllo che, come già precisato, si tradurrebbe in un dovere di attivazione del sindaco nel caso in cui gli siano note situazioni, non derivanti da contingenti ed occasionali emergenze tecnico-operative che pongano in pericolo la salute delle persone. Cfr., sia pure in materia di responsabilità per non aver impedito la commissione di reati ambientali, Cass., Sez. III pen., 27 giugno 2013, n. 37544, in *Dejure*.

<sup>49</sup> Cass., Sez. Un. pen., 18 settembre 2014, n. 38343, in [questa Rivista](#)

<sup>50</sup> Si allude alla c.d. *Herrschaftstheorie* elaborata da B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Schwartz, 1971; ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Duncker & Humblot, 1979, così come citato da A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 144, al quale si rinvia per i necessari approfondimenti della teoria.

quanto slabbrato concetto di “dominio sull’amministrazione”<sup>51</sup>, in considerazione delle potenzialità lesive che si stagliano nei confronti di beni giuridici appartenenti alla collettività. Il sindaco, infatti, in quanto titolare di funzioni che gli consentono di esercitare un vero e proprio potere di direzione e controllo nei confronti della “macchina amministrativa” da questi governata, sarebbe, in quest’ottica, chiamato ad intervenire al fine di scongiurare o, quantomeno, ridurre al minimo la possibilità che si verificano eventi pregiudizievoli nei confronti dei consociati,

**6. Profili critici relativi alla costruzione di una posizione di garanzia in capo al sindaco: il “cortocircuito” interno al reato omissivo improprio.**

L’impostazione alla stregua della quale la sentenza in commento finisce con il riconoscere una posizione di garanzia in capo al sindaco, nonostante poggi su dati normativi sufficientemente univoci, non convince del tutto.

La dottrina che con maggiore attenzione si è occupata del tema, ha anzitutto avuto modo di rilevare come il riconoscimento generalizzato di una posizione di garanzia in capo al sindaco, finisca con il contrastare con alcuni dei “capisaldi” della teoria dell’illecito omissivo improprio.

Accogliendo l’assunto secondo cui, da un punto di vista funzionale, la posizione di garanzia risponda al precipuo obiettivo di predisporre una tutela “rafforzata” a beni giuridici in considerazione dell’incapacità del titolare di apprestarvi adeguata protezione, si finirebbe con il giungere alla paradossale conclusione secondo cui la collettività “governata” dal sindaco sia composta da soggetti radicalmente o, comunque, parzialmente incapaci<sup>52</sup>. In quest’ottica, il sindaco, in quanto organo di vertice della macchina politica ed amministrativa della comunità, sarebbe chiamato a proteggere la *communitas civium* al fine di renderla immune dai rischi e dalle insidie

---

<sup>51</sup> Il riferimento è, ancora una volta, a B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., p. 89, che individua nel dominio sull’impresa (*Verbandsherrschaft*), il presupposto della posizione di garanzia dell’imprenditore rispetto alle condotte dei propri dipendenti.

<sup>52</sup> G. MARCONI, *Rappresentanza politica e responsabilità per omissione impropria*, cit., p. 92.



che caratterizzano la società e, dunque, anche dai reati commessi dagli stessi cittadini<sup>53</sup>.

Quand'anche si dovesse riconoscere la possibilità di edificare una posizione di garanzia nei confronti di soggetti "capaci"<sup>54</sup>, tale ricostruzione interpretativa non cesserebbe di suscitare perplessità. Il rapporto di protezione che si instaurerebbe tra il sindaco ed i consociati finirebbe infatti con il tradursi in una prestazione difficilmente esigibile «attesa l'eccessiva indeterminatezza della sfera di controllo da esercitare e l'impossibilità di focalizzare l'obbligo di sorveglianza su beni individuati e previamente censiti come bisognevoli di tutela»<sup>55</sup>. Come efficacemente rilevato, infatti, la posizione di garanzia deve corrispondere a «specifiche istanze di protezione, che si traducono in relazioni bilaterali tra garante e bene, onde non è immaginabile una posizione di garanzia diretta alla salvaguardia di tutti i beni di tutti i consociati»<sup>56</sup>.

#### **6.1. (Segue). B) Il "cortocircuito" interno al principio di separazione tra politica ed amministrazione.**

L'orientamento che tende a costruire una posizione di garanzia in capo al sindaco di un ente locale *anche* per gli eventi lesivi della vita e dell'incolumità individuale dei consociati, finirebbe con l'instaurare una sorta di «dominio della politica sull'amministrazione»<sup>57</sup> da parte di questi, conferendogli compiti e incarichi che, ad una più attenta analisi, non sembrerebbero essere ad esso riconducibili anche (e forse:

---

<sup>53</sup> Ancora, sul punto, G. MARCONI, *Op. ult. cit.*, p. 93.

<sup>54</sup> Contro una tale possibilità, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni*, cit., pp. 74-75, il quale ritiene come simile soluzione (definita dall'Autore come eccessivamente "paternalistica" nella visione dei rapporti Stato-cittadino), finisca inevitabilmente con il contrastare «con il principio di libertà da una parte e di personalità della responsabilità penale dall'altra».

<sup>55</sup> G. MARCONI, *Op. ult. cit.*, p. 93.

<sup>56</sup> Così, L. PACIFICI, *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, cit., p. 8. Più in generale, sul punto, Cfr., G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 197; L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 1373.

<sup>57</sup> L'espressione è di S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1341.

soprattutto) in forza di quel principio di separazione tra politica e amministrazione precedentemente richiamato.

Se, infatti, obiettivo di tale principio risulta essere, in ultima analisi, quello di rispondere all'esigenza di evitare "ingerenze" tra le parti – politiche e tecnico-amministrative – che entrano in gioco nel perseguimento dell'interesse pubblico, sarebbe del tutto contraddittorio, se non paradossale, "esigere" tale immistione quando ci si sposti sul piano della costruzione di obblighi di garanzia.

La validità operativa di tale principio non sembrerebbe in effetti essere "intaccata" dalla presenza di disposizioni che, come, ad esempio, proprio quella di cui all'art. 50 Tuel, attribuiscono all'organo di governo un obbligo di controllo suscettibile, *prima facie*, di ingenerare una responsabilità omissiva in caso di sua mancata attuazione.

Tale disposizione, infatti, nell'affermare, nel primo comma, che «il sindaco e il presidente della provincia sono gli organi responsabili dell'amministrazione del comune e della provincia», sembrerebbe introdurre un dovere di controllo in capo all'organo di governo «non già *atomistico* ma *sintetico*»<sup>58</sup>. Il dovere di vigilanza da esercitare nei confronti dei dirigenti comunali, in quest'ottica, dovrebbe riguardare non i singoli atti adottati da questi quanto, piuttosto, la "gestione dell'ufficio" *lato sensu* considerato, con conseguente responsabilità del sindaco in caso di mancata realizzazione degli obiettivi programmatici fissati dalla compagine governativa<sup>59</sup> e non, dunque, per il mancato assolvimento dei compiti funzionali attribuiti ai dirigenti. Il principio di separazione tra politica ed amministrazione, detto altrimenti, sembrerebbe far sì che il controllo sulle fonti di rischio rientri nell'ambito della sfera di competenza dei dirigenti. Ipotesi rispetto alle quali il sindaco manterrebbe sì un dovere di sorveglianza ma insuscettibile di fondare una responsabilità per omesso impedimento dell'evento stante la mancanza di *concreti* (ed attuali) poteri impeditivi idonei ad evitare eventi del tipo di quelli che si sono in concreto verificati<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> L. PACIFICI, *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, cit., p. 148-149.

<sup>59</sup> Cfr., sul punto, L. PACIFICI, *Le conseguenze del principio di separazione tra politica e amministrazione sulla responsabilità penale omissiva degli organi di governo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2663.

<sup>60</sup> Sulla impossibilità che gli obblighi di sorveglianza o di attivarsi vengano a costituire obblighi giuridici di impedimento, cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*

**7. Dal principio di separazione tra politica ed amministrazione al “dominio della politica sull’amministrazione”. Le funzioni “taumaturgiche” del “Sindaco-Leviatano”.**

In conclusione, siffatto orientamento sembrerebbe finire con l’attribuire al sindaco delle vere e proprie competenze “divinatorie”, in forza di un ideale “irrealistico” che vede in questi una sorta di organo onnisciente ed onnipresente nella episodicità degli eventi che caratterizzano la vita della collettività. Il richiamo, infatti, ad una «gestione del rischio» del quale il sindaco sarebbe titolare, finirebbe con lo “svuotare” di contenuto la “giuridicità” dell’obbligo<sup>61</sup> richiesta dall’art. 40, secondo comma, c.p. in considerazione del fatto che la rilevanza della condotta omissiva viene esclusivamente fatta desumere dal potere “naturalistico” di impedimento esistente in capo a questi<sup>62</sup>, prescindendo dall’effettiva titolarità degli stessi.

Il rischio è, dunque, quello di finire con l’“idealizzare” la posizione di *primauté* dell’organo di governo, ricercando in lui quelle stesse funzioni “taumaturgiche” che, nel passaggio dallo stato di natura alla società civile, erano state attribuite al Leviatano. L’elaborazione di “macchine artificiali”, in grado di “salvare” le sorti degli individui dal *caos* ingenerato dallo “stato di natura” e dai “rischi” che esso comporta, potrebbe avvenire solo a costi (e paradossi) particolarmente elevati: l’estensione, pressoché illimitata, degli “obblighi di impedimento” penalmente rilevanti.

---

*e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 96; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni*, cit., p. 51-52.

<sup>61</sup> L’indeterminatezza della ricostruzione viene evidenziata da M. MAIWALD, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *Jus*, 1981, p. 473-480, le cui osservazioni critiche sono ampiamente riportate da N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità nelle società per azioni*, cit., p. 44.

<sup>62</sup> In questi termini, ancora, N. PISANI, *Op. ult. cit.*, p. 45 e ss.