



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Le posizioni di garanzia nel reato omissivo improprio:
il rilievo delle situazioni di fatto.

Relatore: Chiar.mo Prof. Fabio Fasani

Tesi di laurea di:
Deiara Gianluca
Matr. n° 447162

Anno accademico 2025/2026

*«Il giurista indaga solo quei fatti coi quali l'opera dei singoli
s'ingrana nel meccanismo delle leggi»*

B. CROCE, in *La Critica*, 1939, p. 445.
(in recensione a P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*)

Ai miei genitori

Indice

<i>Abstract</i>	1
Introduzione	2
Capitolo I – L’omissione nel diritto penale	7
1. L’evoluzione dell’omissione nel diritto penale.....	7
1.1 La teoria dell’ <i>aliud agere</i> ed il superamento dell’identità tra azione ed omissione.....	12
1.2 La concezione normativa e la funzione selettiva della posizione di garanzia.....	14
2. Problemi filosofici nell’omissione: Cenni.....	17
Capitolo II – Il reato omissivo improprio	20
1. Distinzioni tra reati omissivi propri ed impropri.....	20
2. La condotta omissiva.....	25
2.1 Il rifiuto e il ritardo nei reati omissivi.....	26
2.3 Il silenzio della PA e il dovere di provvedere.....	27
2.4 La condotta quale elemento costitutivo del reato.....	28
3. L’ambito di operatività: le fattispecie causalmente orientate.....	30
3.1 Le ipotesi insuscettibili di rientrare nell’art. 40, c.2, c.p.....	30
3.2 Il delitto di epidemia tra forma vincolata e interpretazione delle Sezioni Unite.....	32
3.3 Il silenzio “eloquente” e la truffa mediante omissione.....	34
3.4 Reati abituali e condotte omissive: maltrattamenti e atti sessuali.....	37
3.5 Le ipotesi suscettibili di rientrare nel meccanismo di assimilazione.....	39
4. Azioni od omissioni? Criteri di distinzione nei casi dubbi.....	41
5. Il nesso di causalità tra omissione ed evento.....	46
5.1 Il giudizio controfattuale e la formula della <i>condicio sine qua non</i>	46
5.2 L’accertamento del nesso di causalità: leggi di natura statistica e imputazione obiettiva dell’evento.....	48
5.3 La teoria dell’aumento del rischio.....	50
5.4 Il paradigma della sentenza Francese: probabilità logica e credibilità razionale.....	52
5.5 Le resistenze della giurisprudenza: verso il ritorno dell’aumento del rischio?.....	53
5.6 Alla ricerca dell’antecedente causale.....	56
6. La condotta alternativa lecita.....	58
7. I profili soggettivi: il dolo omissivo.....	62
7.1 La struttura del dolo omissivo tra concezione finalistica e possibilità di agire.....	62
7.2 L’elemento intellettuale: errore sulla situazione tipica vs errore sul precetto.....	62
7.3 Profili psicologici e neuroscientifici: <i>Bias</i> di omissione ed euristiche.....	63

7.4 La colpa come limite del dolo: il valore indiziante dei segnali di allarme.....	64
7.5 Il dolo eventuale: dall'accettazione del rischio alla Formula di Frank	65
La ridefinizione dei confini tra dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssenkrupp.....	66
7.6 Il dolo eventuale e la colpa cosciente nel caso Vannini.....	69
8. Profili soggettivi: La colpa omissiva.....	73
8.1 Dovere di garanzia, diligenza e regola prudenziale.....	73
8.2 La doverosità dell'azione: tra potere di intervento e segnali di allarme.....	75
8.3 La prevedibilità della situazione tipica e limiti del principio di affidamento.....	76
9. L'obbligo giuridico di impedire l'evento.....	78
Capitolo III – Le Posizioni di garanzia.....	82
1. Le posizioni di garanzia: Premessa.....	82
1.1 La teoria formale.....	83
1.2 La legge penale.....	85
1.3 La falsa testimonianza e la sua idoneità a fondare la posizione di garanzia tra dottrina e giurisprudenza.....	87
1.4 La legge extrapenale.....	88
1.5 Il contratto e i limiti della teoria formale.....	89
2. La precedente attività pericolosa: il contributo della dottrina e l'analisi della giurisprudenza.....	92
3. La teoria funzionale o sostanziale.....	97
3.1 Le posizioni di protezione.....	100
3.2 Le posizioni di controllo.....	107
4. La teoria mista: verso un superamento delle contrapposizioni?.....	115
5. Contenuto dell'obbligo: potere e dovere di impedire l'evento.....	117
5.1 La distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza.....	121
6. Il principio di legalità e l'esigenza di tassatività nella definizione dell'obbligo giuridico di definire l'evento.....	125
7. Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse.....	129
Capitolo IV – Le posizioni di fatto.....	135
1. Premessa.....	135
2. Assunzione volontaria della posizione di garanzia: inquadramento dogmatico.....	137
2.1 L'assunzione volontaria in ambito sportivo.....	143
2.2 Il soccorso volontario nelle emergenze.....	145
2.3 Il requisito della "spontaneità" nella giurisprudenza di legittimità.....	146
2.4 Assunzione volontaria della posizione di garanzia nei reati contro la libertà sessuale.....	150
3. Le posizioni di garanzia da "contatto sociale" qualificato.....	151
3.1 <i>Segue</i> . Il "contatto sociale" qualificato nella giurisprudenza penale.....	155
4. Le posizioni di fatto: considerazioni generali.....	158
4.1 Il fatto quale materiale disponibilità della cosa.....	159

4.2 Il fatto come dovere di custodia degli animali.....	160
4.3 Il fatto come dovere di custodia delle persone e coabitazione.....	161
4.4 Il fatto come “prossimità” o vicinanza alla situazione di pericolo.....	163
4.5 Il fatto: un tentativo di inserimento in un catalogo chiuso.....	165
4.6 Il fatto come serbatoio di doveri solidaristici e principio di autoresponsabilità.....	167
4.7 Il fatto quale criterio integrativo in assenza di fonti giuridiche formali.....	172
4.8 Il fatto come rapporto di ospitalità: il caso Vannini.....	174
<i>Rilievi conclusivi e Prospettive di Riforma de lege ferenda.....</i>	<i>179</i>
<i>Bibliografia.....</i>	<i>187</i>
<i>Giurisprudenza citata.....</i>	<i>198</i>

Abstract

Il presente lavoro di tesi si propone di analizzare la complessa architettura del reato omissivo improprio nel sistema penale italiano, con particolare riferimento alla clausola di equivalenza sancita dall'art. 40, cpv. c.p.

L'indagine muove da una prospettiva storico-dogmatica, ripercorrendo l'evoluzione del concetto di omissione: dalle radici veterotestamentarie e filosofiche fino al superamento delle teorie naturalistiche (come l'*aliud agere*) in favore di una concezione normativa. In tale ambito, la posizione di garanzia emerge non solo come fondamento dell'imputazione, ma come indispensabile criterio selettivo volto a bilanciare l'espansione dei doveri di solidarietà con i principi costituzionali di legalità e tassatività. La tesi sostiene che la giurisprudenza di legittimità sia incorsa in un pericoloso equivoco metodologico, elevando i presupposti elastici e le mere situazioni di fatto (prossimità, coabitazione, ospitalità) a vere e proprie fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.

L'indagine evidenzia come tale orientamento configuri una deriva "ultrasostanzialistica" che, travalicando i pur ampi confini della teoria sostanziale, finisce per erodere i principi costituzionali di legalità e tassatività. In questo contesto, l'obbligo di impedire l'evento non viene più ricavato da un rigoroso scrutinio della fonte normativa, ma viene estratto *ex post* dal giudice sulla base di criteri equitativi e di "senso comune", trasformando il diritto penale del fatto in un diritto penale di posizione.

Uno snodo cruciale della trattazione è dedicato alla sovrapposizione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza. Si dimostra come la giurisprudenza tenda erroneamente a parificare il mero dovere di vigilanza alla vera e propria posizione di garanzia, la quale richiederebbe invece un effettivo potere di signoria e il trasferimento del dominio sulla fonte di pericolo. Questa dilatazione dell'area del penalmente rilevante viene analizzata attraverso *leading cases* come le sentenze Thyssenkrupp e Vannini, in cui il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente subisce le tensioni di un'imputazione basata sulla "qualifica" più che sulla condotta.

L'elaborato affronta inoltre le nuove sfide poste dalle organizzazioni complesse e dalle tecnologie emergenti, dove l'indeterminatezza dei garanti rischia di sfociare in forme di responsabilità oggettiva occulta.

Introduzione

Il reato omissivo improprio rappresenta uno dei temi più complessi e tormentati della dogmatica penalistica, nel quale si scontrano irrimediabilmente le istanze di legalità formale e le spinte della giurisprudenza verso un'equità sostanziale.

La rilevanza del tema, lungi dall'esaurirsi in una mera speculazione teorica, si colloca al centro di una stringente attualità giudiziaria, come testimoniato dalle numerose sentenze esaminate nel corso del presente lavoro. In tali pronunce si rinviene un preoccupante equivoco metodologico consistente nell'indebita equiparazione del presupposto della condotta alla fonte genetica della posizione di garanzia.

La clausola di equivalenza, concepita come un meccanismo normativo di conversione volto a equiparare il “non impedire” al “cagionare”, soffre storicamente di un congenito *deficit* di tipicità. Nel silenzio del legislatore riguardo alle precise fonti genetiche degli obblighi impeditivi penalmente rilevanti ex art. 40, c. 2, c.p., il compito di selezionare i soggetti chiamati a rispondere penalmente di un evento lesivo è stato progressivamente monopolizzato dall'attività ermeneutica delle corti. Infatti, sotto la spinta dell'odierna “società del rischio” e di una lettura totalizzante dei doveri di solidarietà costituzionale ex art. 2 Cost., la Suprema Corte ha gradualmente abbandonato i rigidi ancoraggi formali per rifugiarsi nel criterio sostanzialistico-funzionale della posizione di garanzia. Questa svolta ermeneutica ha generato un panorama denso di insidie dogmatiche. Il diritto vivente è infatti giunto ad attribuire rilievo penale a mere situazioni di fatto - quali la coabitazione, le relazioni di prossimità o di vicinanza al bene giuridico, ovvero la precedente attività pericolosa - elevandole a fonti autonome di obblighi di protezione. Si assiste, in tal modo, a una preoccupante frizione con il principio di tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie presidiato dall'art. 25, c. 2, Cost. Il cittadino si trova conseguentemente esposto a una profonda asimmetria informativa: egli non è messo in condizione di conoscere *ex ante* la presenza di una norma di comando che gli imponga di attivarsi, scoprendo di rivestire la qualità di garante solo *ex post*, ossia nel momento in cui il giudice, forte di un'interpretazione estensiva, decide il caso concreto. Viene così superato il modello del diritto penale calcolabile, a favore di una giustizia del caso singolo che rischia di tramutare la responsabilità per omissione in

una forma di responsabilità oggettiva da posizione.

Il metodo di ricerca impiegato nel presente lavoro ha reso necessaria la consultazione di tutti i principali manuali di parte generale e speciale del diritto penale, dei lavori preparatori al Codice vigente, e del previgente Codice Zanardelli, nonché l'integrale lettura delle opere monografiche e della letteratura scientifica in materia di reato omissivo improprio e dell'omissione in generale.

L'indagine si è altresì avvalsa delle banche dati per la ricerca della giurisprudenza di legittimità e di merito, sino a includere le pronunce più recenti, spesso non ancora annotate o massimate, nonché numerosi articoli scientifici tratti da riviste sia in formato cartaceo che digitale, tra i quali figurano anche numerosi contributi in lingua straniera.

Tale operazione di ricerca e selezione del materiale è stata scrupolosamente condotta anche tramite la collaborazione di importanti strutture bibliotecarie, quali quelle di Firenze e di Milano, resasi necessaria per reperire fonti documentali selezionate personalmente, al fine di offrire una panoramica completa sulla materia, pur senza alcuna pretesa di assoluta esaustività. Sebbene il tema sia stato ampiamente esplorato dalla dottrina penalistica classica, il presente lavoro si inserisce nel tentativo di intercettare - in particolare nell'ultimo capitolo - le più recenti linee di tendenza della giurisprudenza. Quest'ultima, facendo impiego di teorie che hanno goduto di una significativa rilevanza in ambito civile - come quella del contatto sociale qualificato -, tende a espandere a dismisura la posizione di garanzia, comprimendo oltremodo il principio di autoresponsabilità.

Di qui, la ricerca ha incluso anche alcune significative opere della dottrina civilistica, necessarie per giungere alla chiarificazione di alcuni concetti chiave.

Fra le fonti collaterali e "spurie" possono, inoltre, segnalarsi quelle ricavabili dalla dottrina giuslavoristica, rivelatesi pertinenti per la trattazione delle posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse.

Al fine di offrire una disamina organica delle problematiche sinora evocate, l'opera si articola in quattro capitoli. Il Capitolo I indaga la genealogia e l'evoluzione storico-filosofica dell'omissione nel diritto penale. L'indagine prende le mosse dalle radici veterotestamentarie e tomistiche, evidenziando il passaggio dal disvalore etico-religioso alla razionalizzazione illuminista e liberale, sino alla codificazione del 1930.

In questo alveo, l'art. 40 cpv. c.p. segna un punto di rottura in cui l'omissione si affranca dalla causalità naturale per farsi "causalità giuridica".

Il capitolo affronta l' *horror vacui* della dogmatica decostruendo la teoria dell'*aliud agere* e ridefinendo l'omissione come *non facere quod debetur*.

Viene analizzata la concezione normativa dell'omissione intesa fenomenologicamente come "non-essere determinato" e la funzione selettiva delle posizioni di garanzia di fronte alla legalità formale. Sul versante filosofico e politico-sociale, la trattazione esamina sinteticamente l'equivalenza morale tra uccidere e lasciar morire, la transizione verso lo Stato sociale e le sfide inedite poste dall'automazione e dalla responsabilità tecnologica nell'era dell'intelligenza artificiale e dei veicoli a guida autonoma.

Il Capitolo II si concentra sulla struttura formale dell'art. 40, c. 2, c.p. e sulla clausola di equivalenza. In questa sede, traendo spunto dai principali saggi monografici sul tema, la struttura ricalca fedelmente gli elementi costitutivi del reato omissivo improprio in una prospettiva rigorosamente critica. Lo studio muove dai criteri discretivi rispetto ai reati omissivi propri, lambendo le "zone grigie" della condotta omissiva; nel demarcare i confini tra azione e omissione tramite l'esame dei *leading cases* della responsabilità medica, della sicurezza sul lavoro e della casistica sportiva, si censura l'uso strumentale del "momento omissivo della colpa", spesso preferito in sede giudiziale per via della sua maggiore duttilità probatoria. L'indagine verifica l'operatività della clausola di equivalenza nelle fattispecie causalmente orientate e a forma libera, tracciando dei profili di incompatibilità strutturale rispetto alle fattispecie a forma vincolata, selezionate fra quelle maggiormente significative.

La trattazione affronta in seguito il nesso eziologico - distinguendo la probabilità statistica dalla credibilità razionale sancita dalla Sentenza Franzese e contrastando la teoria dell'aumento del rischio - per poi delineare i confini della condotta alternativa lecita, parametrata sull'agente modello e sul limite invalicabile dell'*ad impossibilia nemo tenetur*. Il capitolo si conclude con l'esame dei profili soggettivi del dolo e della colpa, indagati anche in una prospettiva metagiuridica grazie all'apporto di rilevanti studi psicologici incentrati sulle euristiche e sui *bias* nelle scelte decisionali, nonché in definitiva con la delimitazione dell'obbligo giuridico e dell'esigibilità della condotta.

Tale transizione rappresenta una comune scelta metodologica che consente, in chiusura, di anticipare il problema delle fonti della posizione di garanzia, diffusamente trattato nel capitolo successivo.

Il capitolo III esamina le varie teorie che rappresentano la matrice delle posizioni di garanzia. In base alla teoria del “trifoglio”, viene valutata l'idoneità della legge penale, di quella extrapenale e del contratto a costituire validamente posizioni di garanzia.

Evidenziati i limiti e le fragilità della teoria formale, si è preferito dedicare un'autonoma trattazione alla precedente attività pericolosa quale fonte problematica, riletta alla luce della *Ingerenztheorie*, della signoria sul rischio, dell'art. 2050 c.c. e dell'evoluzione giurisprudenziale. Il percorso transita poi verso la teoria funzionale o sostanziale (*materielle Rechtspflichttheorie*), fondata sull'effettiva presa in carico e articolata nella dicotomia tra posizioni di protezione e posizioni di controllo.

Di esse non ci si limita a una sterile elencazione, bensì se ne analizzano distintamente i contenuti strutturali.

Infine, dopo aver scrutinato i limiti della sintesi operata dalla teoria mista, il capitolo affronta la cruciale distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza, denunciando la crisi del modello societario e i connessi deficit di tassatività.

L'esposizione si conclude gettando uno sguardo sistemico alla complessa distribuzione dei ruoli prevenzionistici e della delega di funzioni all'interno delle organizzazioni complesse d'impresa e dell'équipe sanitaria, valorizzando il principio di effettività e l'art. 299 del D.Lgs. 81/2008 di fronte alle sfide della modernità e del lavoro agile.

Il Capitolo IV, infine, è stato specificamente dedicato alle c.d. posizioni di fatto, intendendo con tale espressione tutte quelle situazioni che, pur risultando prive di ancoraggio testuale nel sistema delle fonti formali, vengono stabilmente impiegate dalla giurisprudenza quale elementi costitutivi della posizione di garanzia.

Se alcune di esse, come l'assunzione volontaria della posizione di garanzia, potevano già in passato godere di un riflesso in collaudate figure civilistiche (quali la gestione di affari altrui), in altri casi sono state le situazioni di prossimità e di vicinanza al bene giuridico protetto a giustificare, in caso di inerzia, un'imputazione ex art. 40, c. 2, c.p., sulla scorta della teoria del contatto sociale qualificato.

Dopo aver tentato di decostruire gli espedienti ermeneutici fondati sull'importazione di

istututi civilistici extrapenali, evidenziandone la fragilità metodologica nonché il fallimento applicativo nelle loro stesse sedi di origine, la trattazione si concentra in modo innovativo su una evidente lacuna del dibattito dottrinale contemporaneo.

L'analisi si appunta su quelle situazioni di mero fatto che rappresentano un ambiguo *genus* delle sopra citate figure - come la coabitazione, la prossimità o la vicinanza materiale, e la disponibilità della cosa suscettibile di creare situazioni di pericolo - assunte dal diritto vivente quali fonti autonome di posizioni di garanzia.

Il capitolo è pertanto volto a evidenziarne i deficit di tassatività e le asimmetrie informative che ne derivano per il cittadino, per poi delineare le concrete proposte di riforma *de lege ferenda*, ricavabili sulle ceneri dei passati progetti ministeriali e dalle odierne istanze di sussidiarietà espresse dal progresso tecnologico.

CAPITOLO I

L'omissione nel diritto penale

- Sommario: 1. L'evoluzione dell'omissione nel diritto penale -
1.1 La teoria dell'*aliud agere* ed il superamento dell'identità tra azione ed omissione. -
1.2 La concezione normativa e la funzione selettiva della posizione di garanzia. -
2. Problemi filosofici nell'omissione: Cenni

1. L'evoluzione dell'omissione nel diritto penale.

Il percorso di indagine sulle radici della responsabilità omissiva non può prescindere da uno storico antecedente contenuto nelle fonti veterotestamentarie.

Nei versetti dell'Esodo (21: 28-29) troviamo cristallizzata, in forma embrionale ma nitida, la distinzione tra mero fatto accidentale e imputazione per omissione. «*Se un bue cozza con le corna contro un uomo o una donna e ne segue la morte [...] il proprietario del bue è innocente*» (Es 21, 28).

Il testo sacro opera una distinzione fondamentale basata sulla conoscibilità del rischio e sul dominio della fonte di pericolo. Nel primo versetto troviamo un mero accadimento accidentale che non è in alcun modo imputabile al proprietario dell'animale.

Diversamente, nel successivo versetto la prospettiva muta radicalmente: «*Ma se il bue era solito cozzare con le corna già prima e il padrone ne era stato avvisato e non lo ha custodito, se il bue uccide un uomo o una donna [...] anche il suo padrone sarà messo a morte*» (Es 21, 29). Qui possiamo individuare gli elementi costitutivi di quello che, secoli più tardi, verrà razionalizzato come reato omissivo improprio. Il soggetto risponde per la condotta omissiva del non avere esercitato un obbligo connesso strutturalmente alla sua qualità di proprietario, e cioè consistente nel dovere di custodia dell'animale. L'uomo aveva un potere di signoria sulla fonte di pericolo ed era a conoscenza - in quanto precedentemente avvisato - della situazione di pericolo e, pertanto, della prevedibilità ed evitabilità dell'evento.

L'accento sul disvalore dell'omissione lo si ritrova poi in Tommaso d'Aquino, laddove afferma che l'avaro pecca per l'azione e per l'omissione precisando che «*peccatum transgressionis gravius quam peccatum omissionis*»¹.

¹ *Summa Theologiae*, Editiones Paulinae, I; II, Quaestio LXXII, art. VI, pp. 858, 859.

Se è vero che un medesimo disvalore tra azione ed omissione è dato rinvenire in tempi così remoti, è però probabilmente a Von Liszt che si deve la prospettazione di un modello di fattispecie simile a quella che oggi conosciamo. Egli affermava infatti che «solo quando sussiste un obbligo giuridico di impedimento dell'evento, il non impedimento dell'evento è equiparato alla sua causazione»².

A confermare la lungimiranza di tale affermazione, anche nel progetto di riforma del codice penale tedesco³ (che venne pubblicato interamente nel 1952 col titolo “*Gustav Radbruchs Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches*”, Tubingen) si prevedeva testualmente «chi omette di impedire un evento sebbene vi sia giuridicamente obbligato, è punito allo stesso modo di chi causa l'evento».

Date queste premesse, fino all'epoca illuministica l'humus socio-politico nel quale la legislazione penale dell'omissione andava sviluppandosi era quello di impronta teologica, ove i giudici esercitavano un'ampia discrezionalità, stabilendo loro stessi quando vi fosse una contravvenzione al comando divino; sempre ai giudici spettava stabilire quando vi fosse un comando divino di attivarsi avvalendosi di precedenti giurisprudenziali e di prescrizioni contenute in fonti eterogenee di produzione normativa⁴.

Solo in epoca illuministica andavano affermandosi principi quali quello della certezza del diritto e della subordinazione dell'autorità statale alla legge, muovendo da una concezione “contrattualistica” del diritto in cui la legge del Parlamento rappresenta l'espressione massima dell'esercizio del potere politico da parte dei consociati.

Il diritto soggettivo quale estrinsecazione di libertà ammette, nel suo aspetto passivo, un obbligo giuridico solo quando questo fosse radicato in un atto - come il negozio giuridico - tale ad esprimere la libera volontà di sottoporsi al vincolo.

Tale impostazione, tuttavia, rischia di sfociare in un eccessivo formalismo, ignorando le situazioni di debolezza contrattuale che portano all'assunzione coattiva di obblighi giuridici.

2 F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1914, p. 38.

3 G. GRASSO, *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo § 13 del codice penale della Repubblica federale tedesca tedesca* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, pp. 880-882.

4 F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, pp. 89 ss.

Il reato veniva concepito come «violazione del diritto soggettivo altrui»⁵ e la dottrina era incline ad asserire la dipendenza dell'antigiuridicità penale dall'antigiuridicità extrapenale.

Un punto fermo era rappresentato dal fatto che un'aggressione, intesa come azione positiva, producesse l'illecito penale in quanto idonea ad ingerirsi nella sfera privata altrui⁶.

Più in là negli anni si passò dalla violazione di un diritto soggettivo altrui alla lesione di un bene giuridico; tale passaggio ha significato uno spostamento d'accento dalla condotta all'evento materiale, naturalisticamente apprezzabile. È proprio in questo passaggio decisivo che ci si pone il quesito della capacità causale naturalistica dell'omissione.

Nel nostro Ordinamento, il Codice Zanardelli stabilì che l'omissione fosse punibile solo nei casi in cui la legge incriminatrice lo prevedesse espressamente (es. omissione di soccorso, omissione di atti d'ufficio), oppure quando l'omissione fosse parte integrante della condotta tipica descritta dalla norma, senza creare un automatismo generale che permettesse al giudice di trasformare qualsiasi reato commissivo, in quanto compatibile, in omissivo. Mancava un obbligo giuridico penalmente sanzionato di impedire l'evento e la fattispecie unificava l'elemento soggettivo ed oggettivo del reato nel “fatto voluto”, statuendo all'art. 45 : «Nessuno può essere punito per un delitto se non abbia voluto il fatto che lo costituisce , tranne che la legge lo ponga altrimenti a suo carico come conseguenza della sua azione od omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione, ancorché non si dimostri ch'egli abbia voluto commettere un fatto contrario alla legge».

La scarsa attenzione al fenomeno omissivo è testimoniata dal fatto che il Codice Zanardelli conteneva al suo interno all'incirca una decina di fattispecie omissive proprie⁷.

5 P.J.A.VON FUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geultigen Peinlichen Rechts*, I°ed., 1803, § 21.

6 G. CARMIGNANI, *Juris Criminalis elementa*, Vol. I, Roma, 1829, p.35 in cui si legge «si dubita molto se l'azione negativa sia ammissibile alla nozione del delitto».

7 A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. I : *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, p. 217.

La mutata sensibilità politica, nei decenni successivi, si esprimeva per il tramite di un progetto preliminare che condusse poi all'elaborazione dell'odierno art. 40; una norma figlia della necessità tecnica di chiudere i vuoti di tutela lasciati dal liberalismo ottocentesco, filtrata attraverso l'ideologia statalista del 1930 che non temeva di imporre "doveri di agire" ai cittadini, purché fondati su un obbligo giuridico.

La norma in discorso è stata oggetto di accese critiche ⁸ già nelle more della sua approvazione. L'"innocuo" capoverso - così definito dall'allora Ministro Guardasigilli Rocco - fu foriero di un dibattito maturato nel corso dei lavori preparatori; in particolare i Commissari Gregoraci, Longhi e Ferri ne auspicavano la soppressione, ritenendo sufficienti le altre disposizioni del Codice. Il Ministro tentò di precisare la portata della disposizione e di chiarire si trattasse di una "causalità giuridica" in luogo invece di una causalità puramente materiale, in quanto vi è «una omissione giuridicamente illecita, contraria cioè ad un obbligo giuridico di impedire che l'evento dannoso si verifichi» e tanto basterebbe, a detta del Rocco, perché «l'evento si possa dire volontariamente cagionato, in quanto volontariamente non è stato impedito, mentre si poteva o si doveva impedire»⁹.

Per giustificare l'introduzione dell'art. 40 cpv, veniva addotto dal Guardasigilli un esempio tratto dalla Cassazione di quegli anni: si tratta del caso relativo al cantoniere che, vedendo un macigno sopra un binario ferroviario, non lo rimuove pur sapendo che di lì a poco passerà un treno e potrà avvenire un disastro. Aveva l'obbligo giuridico di spostare il macigno? Ed il non averlo fatto costituisce un'omissione giuridicamente illecita? A tali interrogativi l'estensore risponde affermativamente, avendo cura di precisare che mancano ulteriori elementi per sancirne la responsabilità penale: il dolo e la colpa. Poteva il cantoniere prevedere che lasciando il macigno sul binario sarebbe successo un disastro? Se sì, sarà in colpa per la sola inosservanza di una regola cautelare di condotta contenuta in un regolamento; se avesse invece maturato il proposito di lasciare il macigno in quanto sovversivo, risponderà a titolo di dolo.

Il Ministro, nel corso dell'adunanza, precisava la natura squisitamente giuridica

8 LAVORI PREPARATORI DEL COD. PEN. E DEL COD. PROC. PEN., Vol. IV, *atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Roma, 1929, p. 97.

9 LAV. PREP. DEL COD. PEN. E DEL COD. PROC. PEN., Vol. IV, Roma, 1929, p. 103.

dell'obbligo di impedire l'evento; tuttavia, come segnalato da una voce autorevole¹⁰ coeva all'introduzione del Codice, l'obbligo o è giuridico o non lo è affatto.

Diverso sarebbe stato, infatti, se si fosse parlato di un obbligo legale - immediatamente stabilito dalla legge - onde restringere notevolmente il perimetro della norma.

Circa poi l'estensione di tali obblighi oltre il confine del diritto¹¹, in uno Stato fascista che affermava la sua aspirazione a divenire Stato etico, quale manifestazione di un alto sentimento sociale, già in quei tempi vi fu chi¹² rispetto al dilemma posto fra due possibilità estreme (l'assoluzione o la punizione per l'evento), riteneva si sarebbero dovuti stabilire tassativamente i casi in cui sussistono i presupposti della responsabilità per l'evento, punendo l'omissione in modo indipendente dalla sua equiparazione all'azione.

Nel diritto penale tedesco, l'ordinamento etico, il senso del dovere ed il sentimento giuridico coincidono¹³ ed il concetto di bene giuridico subisce un forte ridimensionamento: si passa da un "diritto penale del fatto" ad un "diritto penale d'autore".

Questo è particolarmente vero per quei i reati omissivi propri in cui la violazione del dovere viene punita indipendentemente dall'aver messo in pericolo o leso beni giuridici, e a cui viene attribuita l'etichetta di "reati di mera disobbedienza o di infedeltà"¹⁴.

La crescita a dismisura del diritto "punitivo"¹⁵ - inteso come diritto penale e amministrativo- sanzionatorio volto a fronteggiare situazioni di pericolo, individuate in discipline settoriali - trova sì un positivo riscontro nella sua funzione deterrente ed intimidatrice, ma non sempre è accompagnato da una interiorizzazione di tali precetti da parte dei suoi naturali destinatari¹⁶.

10 F. CARNELUTTI, *Illiceità penale della omissione* in *Annali di dir. pen. e proc. pen.*, Roma, 1930, p. 5, dove scrive: «Non c'è bisogno di aggiungere che obbligo giuridico non è la stessa cosa che obbligo legale, almeno se per questa si intenda obbligo stabilito immediatamente dalla legge; qualunque specie di obbligo giuridico è compreso nella formula; in particolare anche l'obbligo *ex contractu*, la cui giuridicità discende dall'art. 1123 cod. civile».

11 G. GUARNERI, *La personalità del delinquente ed i reati omissivi impropri* in *La Scuola Positiva*, 1939, p. 15.

12 GRAF ZU DOHNA, in *Deutsches Strafrecht*, 1939, p. 142.

13 A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza nel diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, 1966, p. 53.

14 W. HÜSCHEN, *Die unterlassene Hilfeleistung*, p. 23.

15 P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana* in *Ind. pen.*, Padova, 1982, p. 79.

16 C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati*

1.1 La teoria dell'*aliud agere* e il superamento dell'identità tra azione ed omissione

Molti studiosi hanno a lungo tentato di offrire suggestive definizioni circa il concetto di omissione affinché l'inerzia potesse comunque rientrare nel paradigma di azione produttiva di un evento, sia pure tale azione fosse materialmente mancante.

Tale *nihil* sarebbe del tutto inconsistente ed irrilevante sul versante del diritto penale, dal momento che sul piano naturalistico non concorreranno alla produzione di un evento lesivo. Così, si è voluto rintracciare un elemento positivo pure nell'omissione, quale la diversa azione che il soggetto ha compiuto in luogo di quella che avrebbe dovuto compiere. È questa la *teoria dell'aliud agere*¹⁷.

A tale teoria aderirono in modo entusiasta molteplici Autori sebbene con alcune differenze e successivi ripensamenti¹⁸, arrivando financo a definire il reato omissivo, «un reato omissivo quanto alla forma e commissivo quanto all'effetto»¹⁹.

Nell'azione si percepisce la presenza di un comportamento, nell'omissione si percepisce l'assenza di quel comportamento atteso, indipendentemente da quanto venga in concreto realizzato al suo posto, cioè l'*aliud agere*: «come in una partitura musicale la pausa, pur essendo assenza di una nota, viene percepita ugualmente dall'ascoltatore, e ha un valore diverso ma non minore, così le due tipologie di condotta generano due percezioni diverse, ma sempre presenti nella sfera sensoriale dell'interprete»²⁰.

Il tentativo di attribuire corporeità all'atteggiamento di inerzia, la quale spesso qualifica l'omissione penalmente rilevante, fece maturare una copiosa elaborazione dottrinale²¹.

Il dibattito traeva alimento dalla necessità di conciliare la condotta omissiva con il canone della materialità (*cogitationis poenam nemo patitur*). In quest'ottica, gran parte

bagatellari, Padova, 1985, p. 30.

17 H. LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen Strafrechte*, vol. I, Göttingen 1836, pp. 467 ss.

18 Si pensi ad esempio allo stesso F. ANTOLISEI, il quale in *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1934, pp. 23 ss., vi aderì arrivando a teorizzare una condotta positiva inconciliabile con quella che sarebbe dovuta essere esplicita, per poi successivamente ritenere “astrusa” la teoria di Luden «sia perché non sempre l'uomo, nel momento in cui avrebbe dovuto agire, compie un'altra azione [...], sia perché esistono molti obblighi che non debbono essere adempiuti in un determinato istante» (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1963).

19 E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Pisa, 1923, p. 56.

20 G. MARINI, *Condotta*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 17.

21 F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, 1934, pp. 27-28, il quale pur essendo considerato il maggiore esponente della concezione normativa, sostenne in queste pagine che per accertare l'omissione occorrerebbe valutare la condotta effettivamente posta in essere dal soggetto.

della dottrina riteneva imprescindibile ravvisare una dimensione "corporea" anche nel non agire, considerandola un presupposto logico-giuridico indispensabile per l'ascrizione della responsabilità²².

La teoria dell'aliud agere ci spinge a soffermarci sulla condotta effettivamente tenuta dall'agente in luogo di quella dovuta (o che avrebbe dovuto tenere); un approccio che, come sostenuto però da molti autori, condurrebbe ad esiti aberranti : si pensi al caso della madre che non allatta il proprio bambino in quanto nel frattempo impegnata nella calza: «causa della morte dovrebbe essere...il lavoro della calza!»²³.

Tuttavia, come appare maggiormente con forza nelle conclusioni prima ancora che nelle premesse, assumere assiomaticamente un sostrato ontologico della condotta omissiva nell'individuazione di un quid, dell'aliud actum, presenta il demerito di ritagliare solo una parte della realtà, nella ostinata ricerca di una causa efficiente produttiva di risultato.

L'indagine scientifica ha poi spostato il baricentro dell'analisi sul comportamento precedente l'inerzia; ciò ha permesso di fondare la responsabilità penale sulla creazione di un rischio da parte del soggetto, spostando così il nesso di causalità dall'omissione all'agire pericoloso antecedente²⁴.

Secondo un'altra nota teoria²⁵, col potere di inibizione, la volontà sopprime un impulso ad agire eliminando positivamente una condizione impeditiva del risultato.

Interessante notare come qui, invece, il mondo esterno venga compresso in un mondo interno psicologico e la causa, quale motore generatore di questo risultato, sia da ricercarsi nella situazione psicologica in cui versava il soggetto.

22 F. ANTOLISEI, in *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1934, pp. 26 ss., descrive l'omissione quale realtà temporale e spaziale, quale fatto fisico come per l'azione «come conseguenza di ciò, il coefficiente materiale dell'omissione non differisce da quello dell'azione : è in ambedue i casi un movimento corporeo. Nell'azione in senso stretto o positiva è il movimento del corpo che costituisce l'aspetto esteriore dell'azione stessa; nell'omissione è il movimento corporeo proprio dell'azione che si è verificata in luogo di quella che poteva e doveva essere compiuta: di quella attività positiva escludente l'azione doverosa, nella quale fisicamente si è concretato il comportamento del soggetto». In seguito, ebbe ad aderire con forza alla teoria dell'*azione attesa*, definendo "astrusa" la precedente teoria del Luden.

23 A. O. KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen*, Abtheilung: Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1985, pp. 2 ss.

24 Teoria dell'ingerenza sostenuta tra gli altri da : A. MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, B.d II, p. 76. ss.

25 La teoria dell'interferenza che ebbe tra i suoi progenitori: G. KOLMANN, "der Begriff des Kommissiven Unterlassen" in *Zeitschr für d.gStrW*, 1909, p. 376; K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Bd. 2,2, Aufl, 1914, p. 516.

Queste teorie erano certamente funzionali al tema della causalità dell'omissione, che si presta ad un ragionamento diverso ed ipotetico rispetto ad una concezione naturale, puramente meccanica, di causalità.

La constatazione che azione ed omissione si comportino come “ A e non A”, *sic et simpliciter* come *fatto negativo*, quale assenza di causalità e finalità, era propugnata dai finalisti, i quali però furono gli stessi fautori della concezione naturalistica ed ontologica dell'omissione.

L'omissione, quale manifestazione di una volontà delittuosa, non è semplicemente “nulla” ma un non *facere quod debetur*, il cui disvalore penale si coglie tutto nell'evento tipico, nel risultato antiggiuridico “causalmente” dipendente dall'omissione.

1.2 La concezione normativa e la funzione selettiva della posizione di garanzia

Tramontata la dottrina dell'*aliud agere*, la concezione normativa si qualifica per la presenza di una norma che imponga un certo *facere*.

Si pensi al caso del contribuente tenuto a presentare la dichiarazione dei redditi nel termine temporale fissato per legge, in quanto vi è un *obbligo* di presentazione.

Solo per il tramite di questa norma di comando possiamo dare significato a qualcosa che non c'è e che assume rilevanza in quanto *ci doveva essere*²⁶.

L'obiezione mossa da alcuni autorevoli Autori²⁷, per cui si confonderebbe la condotta omissiva con la sua antiggiuridicità - ovverosia la sua contrarietà a una norma giuridica - non coglie appieno nel segno secondo altri, dal momento che la norma cui deve la vita il concetto di *Unterlassung* non deve essere necessariamente giuridica: potrebbe riscontrarsi un'omissione tipografica nella condotta del correttore di bozze cui sfugga un errore²⁸, così come anche da tempo rilevato dal Grispigni²⁹.

26 G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio, la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 113.

27 Fra tutti: T. GALIANI, *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980, p. 71.

28 J. BAUMANN, *Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Gieseking, 1977, p. 203.

29 In *L'omissione nel diritto penale*, 1934, p. 22, scrisse: «Ma si abbia ben cura di mettere in rilievo - per evitare critiche infondate - che la norma, in base alla quale si attendeva l'azione, può essere della più diversa specie, e cioè non solo giuridica o morale o altrimenti sociale (religione, costume, moda, etichetta ecc), ma anche esclusivamente tecnica: così, chi vuole raggiungere un fine e non compie ciò che, secondo la tecnica di quel ramo di attività, è indicato come necessario, compie un'omissione. Non solo, ma può anche una norma igienica ovvero una norma meramente economica, e può perfino essere soltanto una norma grammaticale o sintattica, ovvero della logica. Così, chi vuole offrire la dimostrazione di un teorema di geometria e tralasciare un'argomentazione necessaria alla

Quelle che secondo alcuni sarebbero omissioni od eventi negativi, per altri rappresentano invece descrizioni negative di eventi positivi.

Non è l'assenza di acqua (un nulla) ad agire sulla pianta ed ucciderla poiché i resoconti causali riguardano solo processi positivi; la pianta è morta a causa di processi biologici positivi quali la disidratazione, che non sono stati interrotti da un altro evento positivo come l'innaffiatura³⁰.

Così, sarebbe altrettanto vera la spiegazione causale del perché la pianta sia morta in quanto il giardiniere non l'ha annaffiata; essa, infatti ha il merito di identificare quella condizione (l'innaffiatura) che, se fosse stata presente avrebbe impedito l'evento.

Rispetto a questa visione minimalista sul piano ontologico, ve ne sono molte altre come quella fenomenologica che possiamo sintetizzare in un esempio di Sartre, il quale descrive l'esperienza di arrivare in ritardo a un appuntamento in un caffè dove si aspettava di trovare il suo amico Pierre. Guardando il caffè, non si limita a giudicare che Pierre non c'è, ma *percepisce* attivamente la sua assenza come una sorta di “buco” nel tessuto della realtà del caffè, che rende l'intero locale uno "sfondo" da cui l'assenza di Pierre emerge come “figura”³¹.

Ebbene, traslando questo esempio nell'ambito del diritto penale, se assistessimo alla madre che guarda il telefono mentre il bambino muore, la nostra percezione sociale non è "lei sta guardando il telefono" bensì la nostra percezione, plasmata dall'aspettativa (la posizione di garanzia), è “lei non sta nutrendo il bambino”, mancando cioè di compiere un'azione doverosa che l'ordinamento giuridico si aspetta che ella compia.

Ciò che trasforma un'omissione su un piano metafisico e dunque irrilevante, in un fatto giuridicamente rilevante è la *posizione di garanzia* così che l'omissione, viene equiparata normativamente ad un'azione positiva che ha causato l'evento.

In questo senso, la posizione di garanzia assolve ad una *funzione selettiva* di individuazione dei soggetti in capo ai quali possa dirsi sussistere un obbligo giuridico di impedire l'evento.

dimostrazione, compie un' omissione. Senza l'elemento del dover essere, sia pure meramente strumentale e cioè di mezzo a fine, è impossibile parlare di omissione».

30 A. VARZI, *Mancanze, omissioni e descrizioni negative* in *Rivista di Estetica*, 2007, pp. 109-127.

31 J. P. SARTRE, *L'essere e il nulla*, trad. it. di G. Del Bo, Milano, Il Saggiatore, 2014, pp. 44-45.

Un ulteriore tassello del ragionamento può essere sviluppato con riferimento alle *categorie modali* ³², fondamentali poiché l'imputazione si fonda sull'accertamento dell'esistenza di un potere impeditivo in capo al garante, cioè se avesse la *possibilità* di compiere l'azione doverosa e sulla *necessità controfattuale*, ovvero se l'azione omessa fosse necessaria per impedire l'evento.

Ma Hartmann non parla di “nulla” in generale, parla del “non-essere determinato” (*das bestimmte Nicht sein*), infatti l'omissione non è un “nulla” vago bensì la non-attualizzazione di una possibilità reale. In questo senso, quando la madre *omette* di nutrire il figlio, la sua omissione non è un semplice “nulla” ma è il *non essere determinato* dell'atto di nutrire il figlio, un atto che era *realmente possibile* (la madre era presente, aveva il cibo, era fisicamente in grado di poterlo nutrire).

Questo “non-essere determinato” ha uno status ontologico, ha la forma precisa della possibilità che *non* si è attualizzata. In particolare, il “non-essere” ha conseguenze reali: la non-attualizzazione della possibilità (nutrire) permette a un'altra catena causale (la disidratazione del bambino) di diventare *attuale* e quindi *necessaria*.

Così ragionando, il diritto, quindi, non *crea* una finzione giuridica per il tramite della regola di equivalenza, ma *ricosce* uno stato ontologico complesso: punisce la madre perché il suo “non-agire” non è stato un “nulla”, ma è stato la *non-attualizzazione* di un *dovere* (il *Sein sollen*, il “dover essere” etico) che era anche una *possibilità reale*.

Pertanto, potremmo dunque riaffermare la centralità dell'omissione su un piano ontologico senza la necessità di attribuire forzatamente corporeità all'omissione, tentando di riallacciare il rapporto tra naturalisti e normativisti.

Se il solo fatto della vicinanza alla fonte di pericolo genera un dovere, il giudice che punisce per la “mera vicinanza al pericolo” non sta *inventando* una norma (come accuserebbe il normativista puro), ma sta *riconoscendo* che quella situazione di fatto (*Sein*) conteneva *già* in sé un dovere (*Sollen*), e che l'omissione è stata un *fatto* ontologicamente rilevante (*il non-essere determinato*) che ha permesso il realizzarsi dell'evento.

32 N. HARTMAN, *Möglichkeit und Wirklichkeit*, cap. 27, *Il non essere della determinazione (Das Nichtsein der Bestimmtheit)*, pp. 293 ss., Berlin, 1938.

Anche se fosse razionalmente e teoricamente giustificabile, tale indirizzo deve essere prepotentemente respinto in quanto risulta del tutto incompatibile con l'odierno assetto costituzionale alla luce dei principi di legalità e tassatività della fattispecie.

Quanto questi principi ci consentono di selezionare comportamenti omissivi giuridicamente rilevanti da imputare al garante al di fuori delle norme di fonte legale e convenzionale?.

La Corte Costituzionale con più sentenze interpretative di rigetto ha tentato di salvare l'art. 25 Cost. richiedendo formalmente una fonte giuridica dell'obbligo; tuttavia, la giurisprudenza di legittimità, ancorandosi a principi generali dell'ordinamento come il dovere di solidarietà o la tutela della vita, ha sostanzialmente eroso il principio di tassatività, finendo per ricavare doveri di agire direttamente da situazioni di fatto o da vincoli sociali non codificati.

2.Problemi filosofici nell'omissione: Cenni

Sebbene il Manzini fosse di altro avviso³³, si potrebbe utilmente accedere al contributo fornitoci dalla filosofia morale per comprendere il perché giustificare la punibilità dell'omissione, muovendoci su tre livelli teorici.

Sul versante ontologico, non ogni inattività costituisce un'omissione, così l'omissione non è il semplice non agire ma il non agire che rimanda a un dovere, in questo senso l'omissione è tipicamente la violazione di un dovere³⁴.

Essa è dunque un concetto relazionale, intimamente connesso ad una aspettativa delusa.

Il secondo livello teorico è di tipo etico, un approccio consequenzialista che è dato ritrovare nel celebre esperimento mentale di James Rachels³⁵ dove Smith annega il cugino e Jones, in un altro scenario ipotetico, compare in veste di spettatore inerte: pur vedendo annegare il proprio cugino non interviene allo scopo di conseguire l'eredità.

33 V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV° ed., Torino, 1982, p. 15, ove scrive che l'impiego della filosofia non sia, invero, disprezzabile, quando, naturalmente «*non porti a conclusioni contrarie al buon senso*». Egli disdegna quei filosofi generici e di professione «*i quali reputano serio e lecito dissertare de omnibus rebus, senza conoscerne a fondo alcuna [...]. Costoro sanno abbastanza per spropositare, ma troppo poco per avvedersi d'errare*».

34 F. MAGNI, *Valutare l'azione e l'omissione* in *Notizie di Politeia, Rivista di Etica e Scelte Pubbliche* Vol. 133, p. 113.

35 J. RACHELS, *The end of life . Euthanasia and morality; trad. it., La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Torino, 1989, p. 167.

Se la differenza tra uccidere e lasciare morire fosse di per sé un problema moralmente importante, allora dovremmo dire che il comportamento di Jones è stato meno riprovevole di quello di Smith. È ciò che si vuole affermare?

Non secondo la tesi dell'equivalenza di valutazione, la quale predica l'inevitabilità di quel risultato che si è prodotto qualora lo si avesse voluto e potuto evitare, limitandosi ad un'interferenza causale potenziale e controfattuale, alla possibilità cioè di evitare ciò che accade.

La diversa tesi della non equivalenza della valutazione sostiene invece come commissione ed omissione debbano essere trattate distintamente, in forza del rilievo per cui la commissione rappresenta una causa diretta del risultato³⁶.

Il consequenzialismo non genera una differenza di principio nella valutazione morale della commissione o dell'omissione dell'azione perché se le conseguenze della commissione e dell'omissione sono le stesse e non ci sono altre differenze rilevanti, occorre una valutazione analoga.

L'ultimo livello è quello politico-sociale, che vede un passaggio storico di notevole importanza dallo Stato liberale a quello sociale; quest'ultimo introduce numerosi obblighi di agire contenuti in norme di comando, sanzionando il non adempimento.

In particolare, in società complesse i pericoli sono strutturali e la gestione del rischio connessa a tali pericoli impone la creazione artificiosa di garanti, da intendersi quale “freno d'emergenza” che lo Stato delega a cittadini qualificati (come medici o imprenditori). Tuttavia, l'espansione dei doveri di agire rischia di pretendere una perfezione robotica estranea alla natura umana, l'“agente modello” finisce così per diventare un “agente robotico”, erodendo i delicati equilibri della colpevolezza e trasformando la responsabilità per colpa omissiva in una responsabilità per posizione³⁷.

Tali considerazioni appaiono particolarmente attuali se rapportate all'epoca tecnologica in cui viviamo, nella quale, oggigiorno, esistono già numerosi prototipi di autoveicoli con guida automatica³⁸ e rispetto al cui funzionamento si potrebbe addebitare all'uomo di non aver esercitato il proprio potere impeditivo di scongiurare un sinistro stradale di

36 J. GLOVER, *Freedom, Responsibility, and Agency* in *The Journal of Ethics*, vol. 1.1, pp. 85-97.

37 F. FASANI, *Punire il non fare. Considerazioni di politica criminale* in *Notizie di Politeia, Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, Vol. 133, p. 149.

38 E. HILGENDORF, *Robotics, Automatics, and the Law*, Baden- Baden: Nomos, 2017, pp. 181 ss.

fatto verificatosi, in presenza dell'obbligo giuridico di controllare l'operatività della macchina.

Ad onore di una maggiore completezza espositiva esistono, peraltro, diversi standard di automazione dei singoli veicoli, definiti dalla SAE International, che prevede una scala di sei livelli per valutare il grado di automazione di un veicolo.

Nel primo livello, ausili quali il supporto dinamico di frenata, od il parcheggio assistito mantengono integra l'autonomia del guidatore; nel secondo livello, invece, possono essere delegate alcune funzionalità.

Il terzo livello è quello delle vetture semi-autonome (*self-driving cars*), in cui la figura del conducente interviene solamente nel caso di pericolo rilevato dal mezzo³⁹.

Ulteriori livelli demandano maggiori funzionalità alla macchina senza la necessità di un controllo dell'uomo costante, ad eccezione di situazioni meteorologiche estreme, fino ad arrivare al *Full Driving Automation* che permette una completa automazione in cui l'utente diventa un semplice passeggero⁴⁰. Ed è proprio lungo quest'ultima prospettiva che si profilano trame complesse nel dibattito penalistico, che possiamo così riassumere: queste tipologie di veicoli, in quanto connessi stabilmente a reti internet, potrebbero essere facile preda di attacchi informatici, mettendo a serio rischio la sicurezza stradale ed il passeggero diverrebbe così prigioniero nelle mani di un *hacker*.

In secondo luogo, una responsabilità per omesso impedimento dell'evento potrebbe residuare - non essendo imputabile la macchina - a carico del conducente, per mancata manutenzione del veicolo, laddove gravi su di lui l'obbligo giuridico di garantire la piena funzionalità del mezzo. In alternativa, si potrebbe individuare una responsabilità per danno da prodotto difettoso, la quale però reca come inconveniente pratico la quasi impossibilità di individuare con precisione i soggetti che hanno generato il prodotto finale.

39 I. SALVADORI, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, pp. 83 ss.

40 A. CAPPELLINI, *Profili penalistici delle self-driving cars* in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, pp. 327-328.

Capitolo II

Il reato omissivo improprio

Sommario. 1. Distinzioni tra reati omissivi propri ed impropri. - 2. La condotta omissiva. - 2.1. Il rifiuto e il ritardo nei reati omissivi. - 2.2. *Segue.* Il silenzio della Pubblica Amministrazione e il dovere di provvedere. - 2.4. La condotta quale elemento costitutivo del reato. - 3. L'ambito di operatività: le fattispecie causalmente orientate. - 3.1. Le ipotesi insuscettibili di rientrare nell'art. 40, c.2, c.p. - 3.2. Il delitto di epidemia tra forma vincolata e interpretazione delle Sezioni Unite. - 3.3. Il silenzio "eloquente" e la truffa mediante omissione. - 3.4. Reati abituali e condotte omissive: maltrattamenti e atti sessuali. - 3.5 Le ipotesi suscettibili di rientrare nel meccanismo di assimilazione. - 4. Azioni od omissioni? Criteri di distinzione nei casi dubbi. - 5. Il nesso di causalità tra omissione ed evento - 5.1. Il giudizio controfattuale e la formula della *condicio sine qua non*. - 5.2. L'accertamento del nesso di causalità: leggi di natura statistica e imputazione obiettiva dell'evento. - 5.3. La teoria dell'aumento del rischio. - 5.4. Il paradigma della sentenza Franzese: probabilità logica e credibilità razionale. - 5.5. Le resistenze della giurisprudenza: verso il ritorno dell'aumento del rischio? - 5.6. Alla ricerca dell'antecedente causale. - 6. La condotta alternativa lecita. - 7 I profili soggettivi: il dolo omissivo. - 7.1 La struttura del dolo omissivo: tra concezione finalistica e possibilità di agire. - 7.2. L'elemento intellettuale: errore sulla situazione tipica vs errore sul precetto. - 7.3. Profili psicologici e neuroscientifici: *bias* di omissione ed euristiche. - 7.4. La colpa come limite del dolo: il valore indiziante dei segnali di allarme. - 7.5. Il dolo eventuale: dall'accettazione del rischio alla Formula di Frank. - 7.6. La ridefinizione dei confini tra dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssenkrupp. - 7.7. Il dolo eventuale e la colpa cosciente nel caso Vannini. - 8. Profili soggettivi: La colpa omissiva. - 8.1. La colpa omissiva: dovere di garanzia, diligenza e regola prudenziale. - 8.2. La doverosità dell'azione: tra poteri di intervento e segnali di allarme. - 8.3. La prevedibilità della situazione tipica e i limiti del principio di affidamento. - 9. L'obbligo giuridico di impedire l'evento.

1. Distinzioni tra reati omissivi propri ed impropri

In forza del peculiare meccanismo integrativo che salda la fattispecie commissiva base con la regola di equivalenza contenuta all'art. 40, cpv c.p., nasce il reato omissivo improprio. Questa nuova incriminazione rappresenta la «sintesi normativa» di un medesimo disvalore penale e la nuova fattispecie incriminatrice risulta polarizzata sulla tutela di un medesimo bene, anche se l'illecito è strutturalmente comprensivo di comandi e di divieti. Infatti, il divieto di cagionare la morte di un uomo protegge la vita umana allo stesso modo del comando di impedirne il verificarsi¹.

¹ G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pp. 69 ss.

Invero, l'espressione «reati commissivi mediante omissione» non sarebbe del tutto corretta, dal momento che si tratta di reati omissivi a tutti gli effetti e che essi violano norme di comando².

Il reato omissivo proprio si differenzia dal reato commissivo mediante omissione od omissivo improprio per la mancanza di un *evento* che - come avviene per il caso dell'omissione di soccorso - se previsto sotto forma di circostanza aggravante, determina solamente un inasprimento del trattamento sanzionatorio.

In linea di prima approssimazione parrebbe, dunque, che l'unico criterio discretivo tra le due tipologie di reati sia rappresentato dalla descrizione normativa dell'evento.

Si badi, però, che il reato omissivo improprio non solo infrange una norma di divieto ma anche una norma di comando, diversamente da quelle infrazioni alla legge consistenti in pure condotte negative che suggeriscono persino un minore disvalore penale³.

Questo criterio «*normologico*»⁴ concorrebbe con quello del Garante a tracciare ulteriori distinzioni tra le due tipologie di illecito.

Il criterio largamente dominante in dottrina è quello dell'evento inteso in senso naturalistico, assente nell'ambito delle fattispecie di omissione «pura», sebbene in dottrina vi sia stata la ricerca di un evento anche per queste tipologie di reati⁵.

Così opinando, il reato di omissione di soccorso previsto dall'art. 593 c.p. si arricchirebbe di un «evento di pericolo», basato sul presupposto che non si presta aiuto se non si attenua una situazione di pericolo.

Tuttavia, la norma richiede che il pericolo debba preesistere alla condotta dell'agente; esso rappresenta, dunque, un presupposto della condotta e non una conseguenza⁶.

Il criterio dell'evento non verrebbe messo in crisi neppure dalla constatazione per cui taluni reati omissivi propri presentano un risultato, laddove è proprio il mancato verificarsi di tale evento che determina la consumazione del reato.

È il caso dell'omessa denuncia di reato previsto dall'art. 361 c.p.: la dottrina parla a

2 G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 11.

3 J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, II° ed., New York, 1960, p. 198, il quale Autore statunitense definisce come meno grave il reato omissivo proprio, nel quale non abbisogna un accertamento della *mens rea*.

4 N. K. ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München, 1963, p. 149.

5 A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 208.

6 M. GALLO, *I reati di pericolo* in *Foro penale*, 1969, pp. 3-5.

riguardo di «reati di omesso cagionamento dell'evento», poiché solo se la denuncia (intesa come evento), non si verifica il reato può dirsi configurato⁷.

In questo caso, il criterio normologico evidenzia come la fattispecie in esame violi (anche) una norma di divieto, elemento che concorre ad accostarla ai reati di azione⁸. Infatti, per tanto tempo si è ritenuto che, nel reato omissivo improprio, l'omissione costituisse una mera forma di manifestazione del reato, ma che nella sostanza la fattispecie rimanesse commissiva.

Risulta d'altronde difficile ipotizzare reati il cui evento sia realizzabile esclusivamente mediante condotte negative e non anche positive, a meno di non considerare le ipotesi di omesso impedimento di reati, nelle quali però appare più corretto parlare di «compartecipazione criminosa»⁹.

Il criterio dell'evento, rispetto a quelli succitati, risulta particolarmente vantaggioso da un punto di vista classificatorio. Esso consente, infatti, di segnare uno spartiacque tra due tipologie di illeciti che generano problemi differenti sul versante della causalità, del momento consumativo e del luogo di consumazione.

Si noti che nella fattispecie di cui all'art. 659 c.p., stando all'espressa formulazione della forma omissiva della condotta - ricavabile dal testo della norma - se la accostassimo al reato di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone, vedremmo che rispetto alla seconda, la prima altro non fa che specificare un modo attraverso il quale il riposo verrebbe interrotto: cioè quello di non impedire lo strepito di animali.

Se però un simile strepitare provenisse da un soggetto diverso rispetto a quello menzionato espressamente dal 659 c.p., ad esempio da un bambino, la norma diverrebbe inapplicabile perchè i soli soggetti individuati sono gli animali.

Ciò ci consente di apprezzare la formulazione del reato omissivo improprio a protezione del bene giuridico della "tranquillità pubblica", perchè se così non fosse ci troveremmo dinanzi a evidenti limiti stante il rispetto del principio di legalità.

Nei reati omissivi propri, la funzione promozionale del diritto penale risulta particolarmente spiccata, specie se si prendono in considerazione quelle ipotesi nelle

7 N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, pp. 153-154, il quale ritiene insostenibile la tesi della realizzazione di un evento in senso tecnico.

8 A. CADOPPI, *La distinzione fra reato omissivo proprio ed improprio*, pr. 6, pp. 171 ss.

9 G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, p. 264., egli afferma: «in genere tutti i reati possono essere realizzati sia attraverso un'azione che attraverso un'omissione».

quali vi è inottemperanza ad un comando spesso non contenuto nella norma penale, quale un regolamento amministrativo o un provvedimento dell'autorità.

Questi reati sono frutto di un «processo di amministrativizzazione» del diritto penale che ha condotto ad un aumento, col tempo, esponenziale dei reati omissivi propri¹⁰.

Esiste, inoltre, una forte parentela coi reati di infedeltà, i quali possono anche essere commisivi e richiedono, in genere, la causazione di un danno al soggetto verso cui si ha l'obbligo di fedeltà; salvaguardando il principio di necessaria lesività si scivola verso l'alveo dei reati omissivi impropri. Qui però, occorre intendersi se il nocumento arrecato consista in un danno emergente ovvero in un lucro cessante, poiché in quest'ultima ipotesi non saremmo in presenza di un evento *stricto sensu* inteso e, allora, anche l'accostamento al reato omissivo improprio appare dubbio¹¹.

L'evento cui si è detto finora potrebbe anche consistere nella condotta di un terzo, causalmente riferita ad un'omissione impropria. Ciò richiederebbe di accertare se l'azione, qualora fosse stata compiuta, avrebbe impedito l'evento del terzo con una probabilità confinante con la certezza.

Un caso degno di menzione è contenuto nella parte generale del codice all'art. 57 c.p., in tema di responsabilità del direttore di un periodico: la norma prevede un caso di omesso impedimento di un reato materialmente commesso da altri, rispetto al quale pare appropriata l'espressione di «agevolazione colposa»¹².

Tale elemento, unito alla presenza di un evento-fatto illecito altrui, pone questa tipologia di reato in una posizione intermedia fra l'omissione propria e quella impropria. La struttura della fattispecie, ed in particolare la prevedibilità del fatto illecito del terzo, consente, inoltre, un ancoraggio alla categoria della colpa più consistente rispetto a quello che sarebbe stato offerto da una condotta meramente omissiva¹³.

Nei reati omissivi propri, la situazione tipica - intesa quale l'insieme dei presupposti da cui scaturisce l'obbligo di attivarsi - rappresenta l'elemento fattuale positivo, specialmente nell'omissione di soccorso.

Spesso, però, il panorama normativo risulta meno chiaro quanto all'individuazione di

10 T. PADOVANI, *Note sulla crisi del modello penale illuministico* in *Ind. pen.*, 1983, p. 49.

11 A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. Profili introduttivi e politico criminali*, Padova, 1988, p. 144.

12 F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1985, p. 77.

13 F. BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa* in *Pol. dir.*, 1970, p. 112.

tali presupposti fattuali¹⁴. Si pensi all'art. 437 c.p. che incrimina l'omessa collocazione di impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro. Qui, diversamente dall'art. 593 c.p., i presupposti dell'obbligo - cioè di quelle situazioni nelle quali sia doveroso collocare apparecchiature antinfortunistiche – non si ricavano direttamente dal testo della disposizione, bensì indirettamente: l'obbligo sorge in quelle specifiche situazioni di rischio nelle quali la collocazione di tali impianti costituisce l'adempimento ad un preciso «dovere di sicurezza», così da prevenire eventi incidentali¹⁵. Nel caso di specie, siamo in presenza di una «condotta omissiva vincolata», cioè di una condotta che viene descritta dalla norma come *esclusivamente ed inequivocabilmente* omissiva¹⁶.

Il reato omissivo improprio deve, invece, la sua esistenza dalla presenza di un evento dannoso o pericoloso, come si ricava dall'art. 40 c. 1 c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'*evento* dannoso o pericoloso, *da cui dipende l'esistenza del reato*, non è conseguenza della sua azione od omissione».

I reati omissivi sono tutti accomunati dal fatto che essi richiedono di essere compiuti solo da soggetti qualificati ovvero «reati a numero di soggetti circoscritto»¹⁷.

Infatti, mentre l'obbligo di non fare può, in genere, essere imposto a chiunque, l'obbligo di fare richiede tendenzialmente una qualificazione particolare, fosse anche una determinata situazione giuridica nella quale il soggetto viene a trovarsi come per l'omissione di soccorso. Quest'ultima viene tradizionalmente ricondotta nell'alveo dei reati comuni, sebbene il soggetto attivo del reato sia rivestito della particolare qualifica del “*quivis de populo*” che si imbatte fortuitamente in una scena nell'ambito della quale un soggetto ha bisogno di essere soccorso.

Infine, il criterio del garante quale spartiacque tra le due tipologie di illecito in discorso muove dalla premessa per cui il garante si trova in una «relazione particolarmente stretta col bene giuridico leso»¹⁸ che trae origine dal peculiare «potere di signoria su alcune delle condizioni essenziali del verificarsi dell'evento tipico»¹⁹.

14 D. PULITANÒ, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, IX° ed., 2021, p. 239.

15 R. ALESSANDRI, *Cautele contro disastri o infortuni sul lavoro* in *Dig. pen.*, Torino, 1998, p. 149.

16 F. PALAZZO - R. BARTOLI, *Diritto Penale, Parte generale*, Firenze, X° ed., 2024, p. 278.

17 P. NUVOLONE, *Il problema della responsabilità oggettiva* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, pp. 629-630.

18 A. KAUFFMANN, *Die Dogmatik der Untrelassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 276.

19 G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 129.

Ma allora, se così è, anche nei reati di pura omissione - caratterizzati da una condotta omissiva di produzione di un evento desiderato - vi è la presenza di un soggetto che, meglio di chiunque altro, potrebbe attivarsi al fine di accrescere o salvaguardare il bene giuridico.

Nei reati omissivi impropri vi è una concatenazione causale che può (e deve) essere interrotta dal garante, quale custode del bene giuridico; viceversa nei reati omissivi propri, la posizione di signoria del garante rispetto al bene giuridico, lo pone nella condizione di attivare anch'egli una seriazione causale culminante, però, nella produzione dell'evento desiderato²⁰.

Se, infatti, si osserva l'art. 328 c.p., il pubblico ufficiale è l'unico soggetto individuato dalla norma che meglio di altri può soddisfare l'interesse al buon funzionamento della pubblica amministrazione tramite il conseguimento di un risultato rappresentato dall'espletamento degli atti del proprio ufficio.

Esiste, infine, una classe di illeciti omissivi consistenti in violazioni prodromiche a reati omissivi impropri o eventualmente a reati commissivi colposi, e rispetto ai quali si suole parlare di «reati omissivi *quasi impropri*». La condotta rimane tipica rispetto al reato di pura omissione ma muta la finalità: essa non è più rivolta all'ottenimento di un risultato positivo bensì all'impedimento, da parte del soggetto, di un evento dannoso, come per l'omissione di soccorso.

2. La condotta omissiva

Per condotta tipica s'intende l'omissione; non una qualsiasi inerzia, bensì il mancato compimento dell'azione richiesta, cioè il *non facere quod debetur*.

Nei reati omissivi propri, essa si risolve nella non effettuazione della condotta dovuta; nel reato omissivo improprio, invece, definiamo come tipica quella condotta omissiva atta a produrre l'evento dannoso o pericoloso che la norma mira a scongiurare.

²⁰ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. III, *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1998, p. 774.

2.1 Il rifiuto e il ritardo nei reati omissivi

Talvolta, nei reati di “pura” omissione, l'azione pretesa dall'ordinamento deve essere compiuta entro un determinato lasso di tempo.

Sorge così il problema del rifiuto e del ritardo ai fini della configurabilità del reato.

Nel Codice se ne ritrova traccia in non poche fattispecie, quali gli artt. 328 o 329 c.p., dove, peraltro, in quest'ultimo caso la norma non menziona l'omissione in senso stretto, bensì il ritardo o rifiuto di eseguire una richiesta fatta dall'Autorità competente da parte del militare o dell'agente della forza pubblica.

Le problematiche sottese a tali distinzioni ruotano essenzialmente attorno al rischio di obliterazione del principio di offensività e materialità, nonché alla possibile trasformazione di un reato di indole omissiva in un reato di carattere commissivo²¹. Infatti, il rifiuto altro non è che una manifestazione in forma esplicita o tacita della volontà di non compiere l'atto richiesto dalla norma, il che potrebbe suggerire una modalità attiva di realizzazione della condotta²².

In realtà, la condotta tipica e penalmente rilevante resta l'omissione, ossia il *non facere quod debetur* entro un certo termine.

La dimostrazione di un simile assunto risiede nella considerazione per cui solo quando la manifestazione di volontà dissobbediente trasmoda nell'effettiva omissione, allora tale rifiuto diviene serio e definitivo così da essere in presenza di un rifiuto penalmente rilevante²³. In tali fattispecie, inoltre, è lecito affermare che il rifiuto segua ad una specifica richiesta, così da escludere un'omissione colposa e trovarci dinanzi ad un'omissione volontaria della condotta richiesta²⁴.

21 M. SPASARI, *L'omissione nella teoria*, Milano, 1966, p. 147.

22 E. NOVOA MONREAL, *Les délits d'omission* in *Rev. sc. Crim.*, 1971, p. 494

23 A. M. STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo*, *Contributo alla dottrina del reato omissivo*, Napoli, 1975, pp. 37 ss.

24 J. DU JARDIN, *La Jurisprudence et l'abstention délictieuse* in *Rév. dr. pén. crim.*, p. 973., il quale scrive: «Per cogliere la natura non meramente negligente, incurante, bensì intenzionale del reato, occorrerebbe peraltro sostituire ai termini neutri di omissione o astensione - che si limitano a descivere il fatto - quello di rifiuto, che meglio esprime la volontà deliberata di rimanere inerti» (trad. a cura dello scrivente).

2.3 *Segue.* Il silenzio della Pubblica Amministrazione e il dovere di provvedere

A volere richiamare una problematica, sia pure spuria, che a lungo ha interrogato la dottrina in ambito amministrativo, del pari rispetto all'omissione è avvenuto il dibattito circa il silenzio della Pubblica Amministrazione, sia pure esso lesivo dell'interesse legittimo del cittadino.

Ebbene, anche qui nell'art 6 d.p.r n. 1199/1971 è contenuto un dovere giuridico di provvedere in capo alla PA entro il termine di 90 giorni dalla data di presentazione del ricorso amministrativo. La possibilità di individuare in un comportamento omissivo dell'amministrazione un atto amministrativo era cosa utile per garantire una tutela giurisdizionale, dal momento che il ricorso alla Quarta sezione del Consiglio di Stato era configurato tassativamente come un rimedio impugnatorio e se non si configurava un provvedimento, non si ammetteva neppure il ricorso²⁵.

Il termine per adempiere, in pendenza del quale il dovere di agire si rivolge al soggetto obbligato, lo ritroviamo anche nella fattispecie di *omissione di atti d'ufficio* che stabilisce «trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse» decorso il quale, il mancato compimento dell'atto da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, assume rilievo penale.

Allo stesso modo, un'ulteriore indicazione temporale la rintracciamo nell'omissione di soccorso che prevede che l'azione doverosa debba essere compiuta «*immediatamente*»

Il ritardo è l'effettuazione della condotta richiesta dalla norma oltre il termine fissato per l'adempimento, dunque un momento temporale in cui vi è già omissione.

Il mero scadere del termine determina così la rilevanza penale della condotta a prescindere dal fatto che essa sia stata realizzata posteriormente.

25 A. SANDULLI, *Il silenzio della Pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 1985, p. 23.

2.4 La condotta quale elemento costitutivo del reato

La condotta omissiva rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie che può ricavarsi dal testo della norma quando questa è configurata richiedendola espressamente.

Si pensi all'art. 450 c.p. che punisce «chiunque con la propria azione od *omissione colposa* fa sorgere o persistere il pericolo di un disastro ferroviario, di un'inondazione, di un naufragio, o della sommersione di una nave o di un altro edificio natante, con la pena della reclusione fino a due anni». Qui si rintraccia una perfetta equipollenza tra azione ed omissione, quale esternalizzazione di quell'indirizzo che operava una distinzione tra omissione non impeditiva e omissione causale.

In senso non impeditivo di un evento, l'art. 659 c.p. sanziona penalmente la condotta di chi «suscitando ovvero non impedendo strepiti di animali disturba le occupazioni o il riposo delle persone, ovvero gli spettacoli, i ritrovi, o i trattenimenti pubblici»

Tale disposizione presenta problemi in relazione all'esatta determinazione dei soggetti obbligati; nel silenzio della norma spetta all'interprete individuare, sulla base della ricostruzione della *ratio legis*, coloro che avendo l'obbligo di impedire i rumori non lo facciano.

Ancor più complesso è invece quando la condotta omissiva si ricavi dalla violazione di norme comportamentali diverse dalla disposizione incriminatrice, idonee a far sorgere il reato omissivo improprio in virtù del combinato disposto con l'art. 40, cpv. c.p.²⁶.

Questa operazione di «eterointegrazione» della fattispecie attraverso il richiamo a parametri valutativi esterni ci consente di individuare la condotta vietata²⁷.

Si tratta di una tecnica di normazione stridente coi principi costituzionali di riserva di legge e tassatività delle fattispecie penali dal momento che si verifica, sul piano del disvalore, una totale equiparazione tra condotta positiva e condotta omissiva.

Una simile equiparazione fa leva sulla descrizione, da parte del legislatore, di alcune caratteristiche dell'autore del reato, stavolta individuato con precisione, e che assume il ruolo di garante.

²⁶ G. GRASSO, *op. cit.*, p. 148.

²⁷ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozioni e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, pp. 43 ss.

Ne è un esempio l'art. 380 c.p. che punisce il patrocinio o la consulenza infedeli, prescindendo dall'operatività dell'art. 40 c. 2 c.p., deve considerarsi la condotta positiva o omissiva in quanto capace di violare in concreto taluno dei doveri professionali.

É proprio con esclusivo riferimento a tali doveri, esterni al perimetro della norma, che si individua la condotta sussumibile di rientrare nella fattispecie incriminatrice.

Naturalmente, come riaffermato recentemente dalla giurisprudenza, ai fini dell'integrazione del reato in parola occorrerà, oltre alla violazione di uno dei doveri professionali - anche per il tramite di una dolosa astensione di questi - la verifica di un «nocumento agli interessi della parte che si traduca in esiti o situazioni processuali pregiudizievoli»²⁸.

Emblematico poi, notare che talvolta la scelta lessicale cui fa impiego il legislatore amplia a dismisura l'ambito di operatività della fattispecie.

In questo senso si badi all'art. 635 c.p., che fa riferimento ad una modificazione della realtà esterna nella quale si riviene pacificamente quella operazione di assimilazione operata dall'art. 40 cpv. tra mancato impedimento e causazione positiva dell'evento²⁹.

La distruzione di una cosa corrisponde sia al risultato ottenuto tramite condotte violente, sia all'omissione di colui che, trovandosi investito di una particolare posizione di tutela, di garanzia rispetto al bene giuridico, ne ometta di conservarne l'integrità³⁰.

Qualora, invece, la norma concepisca un elenco ancorché non tassativo di modalità con le quali la condotta si esprime, ciò potrebbe escludere la produzione di quel risultato tipico in forma omissiva. Ad esempio, nel reato di distruzione o deturpamento delle bellezze naturali di cui all'art. 734 c.p., si è dubitato se il sindaco che dovesse omettere un provvedimento volto alla conservazione del territorio, sia punibile in base a tale norma. Tuttavia, la giurisprudenza non vede ostacoli alla realizzazione in forma omissiva dell'illecito in parola, configurandolo come reato a forma libera in quanto «rientra nel modello legale, sulla base della tipizzazione dell'illecito, qualsiasi comportamento attraverso il quale si realizza la violazione del precetto penale, che è infranto da qualsiasi condotta che distrugga o alteri le bellezze naturali con la conseguenza che il comportamento può consistere sia in un'attività positiva che in una condotta omissiva,

28 Cass. pen., sez. VI 15.05.2025 n. 30567 in *CED Cass. pen.*, 2025.

29 G. GRASSO, *op. cit.*, p. 158.

30 D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio* in *Arch. pen.*, 2023, p. 53.

sia in un fatto doloso che in un fatto colposo, trattandosi di una contravvenzione che non è strutturalmente dolosa»³¹.

Più manifesta appare la compatibilità di una condotta omissiva con la fattispecie di cui all'art. 591 c.p. che limita il novero dei soggetti attivi a coloro che sono stati incaricati di custodia o cura della persona abbandonata.

In questo senso, la giurisprudenza ha ritenuto che «la condotta di abbandono sia integrata da qualsiasi azione od omissione contrastante con il dovere giuridico di cura o di custodia che grava sul soggetto agente e da cui derivi uno stato di pericolo, anche meramente potenziale, per la vita o l'incolumità del soggetto passivo».

Qui, la Corte aveva ritenuto sussistente il reato con riguardo alla condotta del genitore che, dopo aver accoltellato a morte il coniuge all'interno dell'abitazione familiare, si allontanava lasciando, sul luogo del delitto, i figli di tenera età in balia di loro stessi³².

3 L'ambito di operatività: le fattispecie causalmente orientate

Il terreno elettivo del reato omissivo improprio è rappresentato dalle fattispecie *a forma libera*, o *causalmente orientate*. In tali figure criminose, il legislatore non tipizza una specifica modalità esecutiva - come avviene invece per i reati a forma vincolata - bensì incentra il disvalore del fatto sulla causazione di un evento lesivo, a prescindere dall'energia fisica impiegata per produrlo. Una simile struttura “aperta” permette l'innesto della clausola di equivalenza prevista dall'art. 40, c. 2, c.p., secondo cui: «non impedire l'evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

3.1 Le ipotesi insuscettibili di rientrare nell'art. 40, c.2, c.p.

Per poter delimitare l'area di operatività della fattispecie omissiva impropria occorre necessariamente escludere quei reati con essa incompatibili.

È il caso dei *delitti di mano propria*, i quali necessitano di un coinvolgimento attivo e diretto dell'agente per il tramite della propria persona, come nel delitto di bigamia (art. 556 c.p.) o di incesto (art. 564 c.p.).

³¹ Cass. pen., sez. III, 19.09.2014, n. 48004 in *CED Cass. pen.*, 2015.

³² Cass. pen., sez. I, 03.01.2022, n. 5 in *CED Cass. pen.*, 2022.

Un'ulteriore incompatibilità strutturale con l'art 40, c.2, c.p., si ravvisa nei reati “geneticamente” omissivi, ove la norma prevede l'omissione quale forma della condotta tipica (talvolta in alternativa alla condotta commissiva), come nel reato di False comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.), per l'omessa dichiarazione nei bilanci di fatti oggetto di comunicazioni sociali.

Interessante notare come, sullo sfondo dell'art 40, c.2, c.p., il reato monosoggettivo sia ritenuto compatibile solo con fattispecie di evento, mentre significativa è l'applicazione anche ai reati di mera condotta quando il reato sia eventualmente plurisoggettivo: si pensi al caso dell'inadempimento di un obbligo di custodia del guardiano di una villa che rende possibile il furto commesso dai complici³³.

Anche rispetto alla fattispecie di inadempimento di contratti pubblici e di pubbliche forniture di cui all'art. 355 c.p. si sono poste difficoltà circa la sua riconduzione nell'ambito dei reati omissivi impropri. La condotta incide sulla fase di esecuzione di un programma negoziale a contenuto lecito; si parla non a caso di «reati in contratto»³⁴.

L'evento scaturirebbe dall'inadempimento dell'obbligazione ed in particolare dalla mancanza della fornitura necessaria alla pubblica amministrazione.

In tal modo, l'omittente-fornitore, in capo al quale ricade l'obbligo giuridico di attivarsi per impedire il verificarsi dell'evento, assume il ruolo di garante della salvaguardia del bene protetto e risponde dei risultati connessi all'inadempimento.

Non solo: l'inadempimento rappresenta la condotta e l'evento, traducendosi in un danno per la pubblica amministrazione³⁵ e la consumazione del reato viene a coincidere con la mancata consegna o esecuzione della prestazione oggetto del contratto³⁶.

33 M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. Vol. I: Art. 1-116, IV ed., Milano, 2012, p. 379.

34 La terminologia è accolta dalla dottrina, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 377., A. LIBERATI, *Reati-contratto e in contratto*, Roma, 1998, pp. 2 ss., I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati contratto e reati in contratto* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 999. Il termine è accolto dalla giurisprudenza, ad es. Cass. Sez. Un., 27.03.2008, n. 26654 in *CED Cass. pen.*, 2008, *Rv. 239926-01*, affermando che: «Se il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipuazione del contratto in sé, ma va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale (c.d. reato in contratto), è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perchè assolutamente lecito e valido inter partes è il contratto (eventualmente solo annullabile), con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall'agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente»

35 S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, p. 428.

36 R. DOLCE, *Frode e inadempimento nelle pubbliche forniture*, Milano, 1969, p. 152., il quale qualifica il reato come istantaneo di pericolo concreto.

3.2 Il delitto di epidemia tra forma vincolata e interpretazione delle Sezioni Unite

Alcuni commentatori definivano come formalmente ineccepibile la decisione del Tribunale dei Ministri di Brescia che, richiamandosi a un orientamento pressoché univoco³⁷, descriveva la fattispecie di epidemia colposa come un reato d'evento a forma vincolata, il quale richiede una condotta commissiva e, in quanto tale, insuscettibile di essere convertita in forma omissiva impropria.

Il caso ebbe particolare risonanza mediatica, e vedeva tra gli indagati appartenenti al Governo e dirigenti apicali accusati di epidemia colposa e di omicidio colposo plurimo, commessi in forma omissiva impropria, per aver omesso di applicare il c.d. piano pandemico e per non aver tempestivamente adottato la zona rossa in Val Seriana, consentendo, in questo modo, la diffusione dell'epidemia da Covid-19 e dando luogo ad un eccesso di mortalità che sarebbe potuto essere evitato o drasticamente ridotto.

Prescindendo dallo stato di incertezza sul modo di propagarsi della malattia, e dal carattere eccezionale delle disposizioni cui si richiama la motivazione dell'ordinanza di archiviazione, il quadro, ad oggi, appare sostanzialmente mutato alla luce della nota sentenza a Sezioni Unite³⁸.

La decisione assunta all'esito di un travagliato procedimento rappresenta una pietra miliare in materia. La precedente sentenza di assoluzione - fondata sul difetto di tipicità - vedeva come imputato un dirigente ospedaliero il quale, pur titolare di una posizione di garanzia nascente dalla legge ed in particolare dal Dlgs. 81/2008, avrebbe colposamente cagionato l'epidemia all'interno del nosocomio tramite una serie di condotte omissive ed in particolare consistenti nel non avere adottato misure collettive e individuali di protezione del rischio biologico del virus, nonché di non aver fornito ai lavoratori i necessari dispositivi di protezione individuale in numero idoneo al fine di contrastare, all'interno della struttura, la diffusione del Sars-Cov.2. Il reato di cui all'art. 438 c.p. si affianca alla sua variante colposa prevista all'art. 452 c.p., la quale richiamandosi alla prima, prevede una riduzione del trattamento sanzionatorio.

37 Cass. civ. Sez. Un., 11.01.2008 n. 576 in *Giust. Civ.*, 2009, pp. 2533 ss.; Cass. pen., sez. IV, 28.02.2018, n. 9133 in *Cass.pen.*, 2018, pp. 3214 ss.; Cass. pen., sez. I, 26.11.2019, n. 48014 in *Foro it.*, 2020, II, pp. 217 ss.; Cass. pen. sez. IV, 24.05.2021 in *Riv. it. med. leg.*, pp. 1129 ss.

38 Cass. pen., Sez. Un., 10.04.2025 n. 27515 in *Guida al diritto*, 2025, p. 31.

Entrambe, sono poste a tutela della salute pubblica e, quali specie di reati di pericolo concreto, esigono l'attitudine a produrre nocimento a detto bene giuridico.

L'art. 438 c.p. così si esprime: «Chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni è punito..».

La Corte ha correttamente individuato nell'atto del «cagionare», la condotta tipica, degradando la «diffusione di germi» a modalità dell'evento.

Una diversa e vetusta interpretazione, assai selettiva, individuava invece nella dizione «la diffusione», la condotta, e ciò alla luce di un'interpretazione autentica che vincolava l'interprete alla Relazione del Guardasigilli al progetto del codice penale, rendendo, in questo modo, recessiva ogni altra argomentazione.

L'incipit «chiunque», mostra trattarsi di un reato comune e non a soggettività ristretta tale per cui non sono solo coloro che si trovano in “possesso” di germi a poter diffondere l'epidemia, come invece avrebbe voluto, nelle intenzioni, il legislatore del '30. In particolare, viene messo in evidenza come la disposizione dei termini all'interno della struttura della fattispecie mostri che la «diffusione dei germi patogeni», immediatamente posta dopo «l'epidemia», non rappresenta un modo di atteggiarsi della condotta tipica e cioè del cagionare l'epidemia, bensì *«l'ubi consistam normativo»* dello stesso *evento*, ossia, dell'*epidemia*.

Valorizzando l'evento, la condotta viene ad estendersi fino a comprendere non tanto e non solo colui che “diffonda”attivamente germi patogeni”, ma anche chi, violando un obbligo di garanzia, permette che la diffusione avvenga.

La diffusione costituisce, dunque, una modalità di «esplicazione e caratterizzazione», assieme, dell'evento. Ecco che quindi, senza alcun sacrificio al principio di legalità, diffondere equivale a “lasciar diffondere”, così da rendere la fattispecie in esame maggiormente permeabile alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv.

Se così non fosse, osserva la Corte, verrebbe contraddetta la capacità della norma di assolvere alla funzione di tutela del bene della salute pubblica, prevista dall'art. 32 Cost. e, a dispetto della formale presenza nel codice dell'art. 452 c.p., aderire all'impostazione ermeneutica autentica avrebbe significato frustrare tale funzione, laddove nel mutato contesto storico-sociale «i risvolti dell'epidemia evocano sempre più profili di gestione

del rischio sanitario e si relazionano a condotte quasi esclusivamente inosservanti e perlopiù colpose». La Corte ha così accreditato quel filone dottrinale che, già anteriormente alla sua pronuncia, si schierava a favore dell'inquadramento dell'art. 438 c.p. come reato a forma libera e, come tale, perfettamente compatibile con l'art. 40 c. 2, c.p.³⁹.

3.3 Il silenzio “eloquente” e la truffa mediante omissione

Un tema storico che merita di essere affrontato in questa sede è quello della truffa.

La fattispecie rientrava, secondo la dottrina maggioritaria⁴⁰, tra i reati a condotta vincolata, sebbene non siano mancati Autori che militavano a favore della configurabilità della truffa mediante omissione attraverso il meccanismo di conversione di cui all'art. 40, c.2, c.p.⁴¹.

Qui, meglio di altre fattispecie, pareva che lo «stampo esteriore» del reato fosse compiutamente disegnato dal legislatore⁴². Eppure, la giurisprudenza ha ribaltato un simile indirizzo interpretativo stabilendo che determinate forme di silenzio, e segnatamente quelle connotate da profili di antidoverosità che elevano il silenzio a comportamento concludente, possono essere ricondotte al raggio più che all'artificio.

Mentre quest'ultimo consiste sempre in un comportamento attivo, il raggio può inverarsi in un comportamento concludente, quale *mis en scène*, non necessariamente di natura verbale.

39 M. PELLISERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 525.; G. BATTARINO - A. NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia* in *Quest. Giustizia*, 17 luglio 2020; E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 214 ss.

40 FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, VIII°ed., 2023, pp. 170 ss.; I. LEONCINI, *La truffa in assunzione ad un pubblico impiego* in *Cass. pen.*, p. 2485; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, V°ed., p. 192; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Delitti contro il patrimonio*, cit., 601 ss.;

41 N. CORTESE, *La struttura della truffa*, Napoli, 1968, pp. 159 ss.; G. MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, pp. 87 ss.; ID., voce *Truffa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 368; A. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 218; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 354; G. SAMMARCO, *La truffa contrattuale*, Milano, 1974, pp. 170 ss.

42 F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1980, p. 221.

Il raggiro rilevante non sarebbe però un semplice silenzio, bensì quel silenzio capace di incidere sul processo di formazione dell'altrui volontà.

A tale proposito appare agevole declinare il silenzio irrilevante come «silenzio inerzia», e porre enfasi su quel modo di atteggiarsi della condotta omissiva che la giurisprudenza ha denominato come «silenzio eloquente», caratterizzato da un *quid pluris* comunicativo e capace di assumere i contorni del comportamento concludente idoneo ad ingannare la vittima, desumibile da una serie di parametri rivelatori; il silenzio viene ad atteggiarsi, in questo modo, diversamente a seconda del contesto situazionale⁴³.

Negli stessi termini è il silenzio maliziosamente serbato per ottenere un indebito atto di disposizione e, dunque, un ingiusto profitto nel caso della mancata comunicazione all'INPS del decesso del beneficiario della pensione, da parte del soggetto autorizzato ad operare sul conto corrente del deceduto.

Emblematico, ancora, è il caso del medico che omettendo di comunicare all'ente ospedaliero di svolgere sistematicamente attività professionale presso il suo studio, induce l'ente a corrispondergli lo stipendio maggiorato dell'indennità esclusiva⁴⁴.

Già in una pronuncia più risalente relativa all' omessa comunicazione all'I.N.P.S. della perdita di potestà sui figli, finalizzata alla percezione della pensione di reversibilità del padre di questi, si legge: «questa stessa sezione si è già pronunciata sull'idoneità del silenzio a costituire artificio o raggiro, affermando che l'artificio o il raggiro richiesti per la sussistenza del reato di truffa possono consistere anche nel silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere di farle conoscere, la fonte del dovere di informazione potendo risiedere anche in una norma extrapenale come gli artt. 1337 o 1759 c.c.»⁴⁵.

Parte della dottrina osserva come il dovere giuridico informativo ricavabile da una norma extrapenale, quale l'art. 1337 c.c. che impone un generico obbligo di buona fede negli affari, sarebbe insufficiente per consentire l'operatività dell'art. 40 c. 2 c.p.

In mancanza di uno specifico obbligo di verità imposto ai consociati, appare piuttosto evidente la frizione coi principi di determinatezza e tassatività della fattispecie omissiva

43 A. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio* in *Studi Urbinati*, 1956, per il quale il silenzio, a differenza della pura inerzia, può possedere un maggiore potenziale di efficacia, là dove acquisti un «chiaro valore espressivo».

44 Cass. pen., sez. II, 3.10.2023 n. 46209 in *Diritto & Giustizia*, 17.11.2023.

45 Cass. pen., sez. II, 13.05.2008 n. 22692 in *CED Cass. pen.*, 2009, Rv. 240413.

impropria ⁴⁶. Sembrerebbe, infatti, piuttosto debole l'affermazione per cui un generico obbligo di buona fede e correttezza negli affari possa dare luogo a una posizione di garanzia.

Resta, pertanto, da chiarire se effettivamente l'art. 640 c.p. possa prestarsi a una declinazione anche in termini omissivi. Taluni obiettano che colui che tace potrebbe, al più, approfittarsi di uno stato di dubbio o errore già esistente, non anche indurre attivamente in errore la vittima, come invece richiesto dalla norma incriminatrice ⁴⁷.

A ritenere diversamente si potrebbe incorrere in un'analogia *in malam partem* in quanto la diversità tra induzione in errore e sfruttamento di un errore preesistente è dimostrata dalla circostanza che, quando il legislatore ha inteso attribuire rilevanza al secondo, lo ha previsto espressamente (es. art. 316 c.p.) ⁴⁸.

Ad ogni modo, l'induzione in errore dovrebbe ragionevolmente consistere in un'operazione di suggestione sull'altrui elaborazione psicologica cosciente ⁴⁹; occorre dunque comprendere se il silenzio "qualificato" possa dispiegare una simile operazione di convincimento.

Se si riflette che pure in presenza di un obbligo comunicativo in capo al contraente, l'assimmetria informativa verrebbe colmata dallo sforzo intellettuale del destinatario del silenzio, il quale presupporrebbe un insieme di informazioni da lui autonomamente ricostruite, allora, sarebbe più appropriato parlare di "presupposizione" che di errore ⁵⁰.

46 P. PISA - E. CALCAGNO, *Mendacio e truffa: un problema ancora irrisolto* in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 1376.

47 G. BARTOLI, *I delitti contro il patrimonio*, in G. Bartoli - M. Pellissero - S. Seminara, *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, II° ed., Torino, 2023, p. 321.

48 A. COSTANTINI, *Truffa omissiva - The sound of silence: la natura attiva della truffa "per omissione"* in *Giur. it.*, n.5, 1.05.2024, p. 1149.

49 L. CORNACCHIA, *Il problema della causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali* in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. CANESTRARI-G. FORNASARI, Bologna, Clueb, 2001, p. 187 ss.

50 A. FESTINESE, *La truffa silenziosa: un nuovo tipo?* in *disCrimen*, 5.09.2024, p. 18, la quale nel prosieguo dell'articolo riassume le sue considerazioni di sintesi: «Come un vaso non si riconosce per il vuoto al suo interno ma per il coccio che lo riveste, così dev'essere per il reato di cui all'art. 640 c.p.: ad integrare la fattispecie non sarà il silenzio ma quei proteiformi comportamenti che il silenzio contengono. Elemento decisivo ai fini della rilevazione del reato in esame non è, pertanto, il silenzio, ma l'inganno. La materialità della condotta rimane invariata, tanto se passa per la nuda menzogna che per il silenzio. Tali contegni non rilevano ai fini della configurabilità del delitto di truffa, ma la condotta complessivamente tenuta e penalmente rilevante può avvalersi di entrambi».

3.4 Reati abituali e condotte omissive: maltrattamenti e atti sessuali

L'atteggiamento sempre più crescente della giurisprudenza di attribuire rilevanza a quella manifestazione della condotta in forma omissiva - laddove la struttura della fattispecie non ne lasci intendere una declinazione anche in termini omissivi - lo si ritrova anche nel caso dei maltrattamenti contro familiari e conviventi, che rappresenta un reato abituale e come tale necessita della reiterazione di condotte suscettibili di ledere l'integrità fisica o morale della vittima.

L'art 572 c.p., ora richiamato, non incrimina la causazione di un singolo evento ma la dolosa creazione di una condizione di vita penosa ed intollerabile per la vittima all'interno di un contesto familiare o di convivenza.

Sarebbero rilevanti tutti quei fatti lesivi dell'integrità fisica e del patrimonio morale del soggetto passivo che, seppure singolarmente non costituenti reato, siano tali da rendere abitualmente dolorosa la relazione con l'agente.

I maltrattamenti in forma omissiva non derivano dalla conversione di un reato di evento in un reato omissivo improprio, ma dall'inclusione dell'omissione abituale e consapevole all'interno della condotta tipica prevista dalla norma, in quanto idonea a determinare un regime di sofferenza.

In molti hanno sottolineato come la molteplicità delle condotte - richieste anche dal reato di sfruttamento della prostituzione - non annoverino fra di esse anche condotte propriamente omissive⁵¹. La Corte di Cassazione, ribadisce però che il reato di maltrattamenti è integrato non soltanto da specifici fatti commissivi direttamente opprimenti la persona offesa, sì da imporle un inaccettabile e penoso sistema di vita, ma altresì da fatti omissivi di deliberata indifferenza verso elementari bisogni esistenziali e affettivi, come ha recentemente affermato nel caso di una persona disabile vittima di maltrattamenti⁵². Allo stesso modo il deficit di accudimento può integrare una condotta maltrattante a danno dei minori laddove sussista un obbligo di agire pacificamente

51 R.D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, p. 14 e p. 98; la stessa tesi viene confermata in letteratura da G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, p. 154; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 35.

52 Cass. pen., sez. VI, 17.01.2013 n. 9724 in *Famiglia e diritto*, n. 4, 1.04.2013, p. 399.

rinvenibile nella legge ⁵³. La stessa mancanza di cura dei figli minori, pur non sostanziandosi in una situazione di abbandono, è indice del disinteresse dei genitori tale da aggravare il disagio psicologico e morale idoneo a provocare sofferenza ⁵⁴.

Nei maltrattamenti, la posizione di garanzia è immanente al rapporto poiché il genitore, coniuge, convivente hanno un obbligo giuridico primario di protezione, cura e assistenza nei confronti della persona loro affidata. L'omissione costante e dolosa di questi doveri, se protratta nel tempo è generatrice di un habitat di sofferenza tale da integrare la condotta di maltrattamenti.

È interessante notare che anche rispetto alla fattispecie di maltrattamenti di animali di cui all'art. 554-ter c.p., la Corte di Cassazione ha stabilito in una recente decisione la responsabilità penale del soggetto agente che, titolare di una posizione di garanzia, omette di attivarsi per impedire l'evento, accettando consapevolmente il rischio del verificarsi delle conseguenze dannose per gli animali, integrando così la fattispecie in esame.

In relazione a ciò ha peraltro ritenuto che «in caso di condotta omissiva, sia necessario accertare, in ragione di quanto stabilito dall'art 40 cpv. c.p., che sull'agente incomba l'obbligo giuridico di impedire l'evento e che il dolo, generico laddove la condotta sia caratterizzata dall'assenza di necessità, può anche assumere la forma di dolo eventuale quando il soggetto agente, senza volerne direttamente la produzione, accetti consapevolmente il rischio, senza attivarsi per scongiurarne l'esito, che attraverso la propria programmata omissione si verifichi l'evento» ⁵⁵.

Sempre all'interno del circuito nel quale ci muoviamo, ad anticipazione di un problema che verrà diffusamente trattato, la Corte ha affermato che non solo tali condotte possano essere realizzate in forma omissiva, ma che il dovere giuridico di attivarsi per la tutela dell'animale può derivare anche da una “situazione di fatto” venutasi a determinare per precedente condotta illegittima che costituisca il dovere di intervento.

Il profilo omissivo della condotta risultava, in concreto, assorbito dal rilievo che, "a monte", la stessa causazione del compendio lesivo risultava riconducibile alla condotta cosciente e volontaria del ricorrente, il quale dichiarava di non essere il proprietario del

⁵³ Cass. pen., sez. VI, 24.01.2024 n. 8617 in *CED Cass. pen.* 2024.

⁵⁴ Cass. pen., sez. VI, 12.12.2022 n. 46927 in *CED Cass. pen.* 2022.

⁵⁵ Cass. pen., sez. III, 21.01.2025 n. 2372 in *Massima redazionale*, 2025.

cane asseritamente maltrattato e che, invece, era stato acquistato dalla sua compagna, che non se ne occupava mai⁵⁶.

Sempre con puntuale riferimento alla descrizione della condotta tipica, nella fattispecie di atti sessuali con minorenni, si discute se la condotta di «compimento di atti sessuali» con minorenni (art. 609 quater c.p.) si presti ad una versione in concreto “omissiva”, proponendosi l’esempio in cui, a fronte dell’iniziativa spontanea della persona minore, il maggiorenne semplicemente si astenga dal porre in essere comportamenti volti a sottrarsi a tale iniziativa, respingendola, e rimanendo passivo durante l’estrinsecazione sessuale dell’intraprendente partner. In una decisione, la Corte rilevava come la mancata iniziativa fattiva e concreta volta a neutralizzare inappropriate manifestazioni di affetto della figlia, si traducesse in un comportamento accondiscendente, un implicito consenso, prolungato nel tempo nonostante la possibilità di rifiutare tali iniziative⁵⁷.

Del pari, il ruolo passivo che una delle parti assume nel corso dell’estrinsecazione del rapporto nulla dice rispetto alla rilevanza penale della condotta dell’insegnante con l’allievo minore degli anni sedici che si trovi, per ragione di educazione e di istruzione, in rapporto di sostanziale affidamento con l’imputato⁵⁸.

3.5 Le ipotesi suscettibili di rientrare nel meccanismo di assimilazione

Fin qui una discreta selezione dei reati tendenzialmente insuscettibili di rientrare nell’ambito dell’equivalenza sia pure con qualche novità giurisprudenziale che ha esteso l’area del penalmente rilevante. Certo è che lo specifico campo di azione della regola di equivalenza residua rispetto a quei reati *causali puri*, la cui carica di disvalore si concentra tutta sul risultato lesivo, mentre appaiono indifferenti le specifiche modalità comportamentali che innescano il processo causale⁵⁹.

L’esempio per eccellenza è rappresentato dall’omicidio, ma anche da quella classe di illeciti il cui interesse di tutela riposi in un *quid* naturalistico e la cui lesione e messa in pericolo venga a coincidere con eventi dannosi determinati da un’alterazione fisica degli

56 Cass.pen., sez. III, 19.05.2021 n. 34087 in *Quotidiano giuridico*, 2021.

57 Cass. pen., sez. III, 9.03.2012 n. 9349 in *Riv. pen.* 2012, 6, p. 630.

58 Cass. pen., sez. III, 4.10.2007 n. 36389 in *CED Cass. pen.*, 2008.

59 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale Diritto Penale. Parte generale*, IX° ed., Bologna, 2024, p. 632.

stessi. Si guardi agli artt. 422 c.p. (strage), 426 c.p. (inondazione), 428 c.p. (naufragio), 430 c.p. (disastro ferroviario), 432 c.p. (attentati alla sicurezza dei trasporti), 438 c.p. (epidemia), 449 c.p. (incendio o altro disastro colposo), 589 c.p. (omicidio colposo), 590 c.p. (lesioni colpose).

Anche l'infanticidio rientra tra i reati causalmente orientati cui si assiste però a una particolarità: la condotta viene accompagnata da un'indicazione temporale, richiedendo che la madre cagioni la morte del neonato «immediatamente» dopo il parto⁶⁰.

Il fatto deve essere determinato da condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto. La Corte ha recentemente confermato la sentenza di condanna a carico degli affidatari di una minore, i quali non garantivano l'assistenza sanitaria occorrente, così da cagionare la morte del feto⁶¹. La posizione di garanzia dei tutori derivava dall'art. 2048 c.c. nonché dal provvedimento di nomina del Tribunale per i minorenni e, stante la riconoscibilità della situazione di pericolo nonché dei mezzi necessari per affrontarla, rimanevano sostanzialmente inerti, determinando così la morte del neonato.

Orbene, dice la Corte in questa decisione: «per individuare la posizione di garanzia - rilevante ai sensi dell'art. 40, c. 2, c.p. - in capo ad un soggetto, va in ogni caso posta particolare attenzione al tipo di affidamento che intercorre tra il garante ed il bene: deve, invero trattarsi di un affidamento del bene giuridico al garante pressoché completo, per cui il bene può considerarsi nelle mani del titolare dell'obbligo.

Ciò soltanto giustifica che l'omesso impedimento da parte del garante dell'offesa del bene possa essere parificato all'offesa del medesimo bene giuridico mediante comportamento attivo, anche sul piano sanzionatorio».

Si potrebbe inoltre ulteriormente ammettere la compatibilità strutturale del reato omissivo improprio con la categoria del reato permanente⁶², sia esso quello *necessariamente permanente* come il sequestro di persona - nel caso in cui non si consenta al detenuto in carcere di uscire dalla cella nelle ore in cui il Regolamento carcerario lo consente - e pure lo stesso sarebbe ipotizzabile nel reato permanente *in via eventuale* nella forma commissiva mediante omissione, come ad esempio il Questore che, per favorire taluno, tenga per molto tempo nel cassetto un rapporto compromettente

60 Cass. pen. sez. I, 1. 06. 1964 in *Cass. Mass. Ann.*, 1964, p. 692.

61 Cass. pen. sez. I, 4. 04.2022 n. 42507 in *CED Cass. pen.*, 2022.

62 MAGLIO - GIANNELLI, *Aspetti teorici pratici della omissione nel diritto penale*, Milano, 1995, p.70.

non rifacendosi ai doverosi atti da esperire (art. 378 cp.)⁶³.

4 Azioni od omissioni? Criteri di distinzione nei casi dubbi

Una preliminare osservazione s'impone: il dilemma circa la qualificazione del fatto alla stregua del modello commissivo o di quello omissivo sconta il peso del c.d. «momento omissivo della colpa»⁶⁴, cioè della possibilità di ravvisare sempre un contegno passivo allorché si raffronti la condotta dell'agente concreto con quella dell'agente modello; una considerazione, questa, che non troverebbe spazio nel perimetro dei reati dolosi⁶⁵.

I casi maggiormente controversi sono quelli nei quali la condotta dell'agente consta sia di momenti commissivi che omissivi e rispetto ai quali la giurisprudenza tende ad usare il «criterio della prevalenza», in base al quale il giudice dovrà verificare quale frammento della condotta abbia dispiegato efficacia causale o maggiore significatività nella produzione dell'evento⁶⁶.

Qualora si acceda a una concezione puramente normativa della condotta, ecco che il momento omissivo della colpa diviene l'elemento cardine per qualificare l'illecito in termini di mancato adempimento della regola cautelare violata.

Ad esempio, secondo pregievole dottrina⁶⁷, il casellante che non si attiva per aprire il passaggio a livello sarebbe analogo alla situazione del casellante che inavvertitamente abbia ad aprire le barriere prima del passaggio del treno, causando un incidente.

Si assiste come in entrambi i casi l'agente violi una norma cautelare; ciò che conta è la *ratio* della norma che impone lui di scongiurare il verificarsi di incidenti.

Tuttavia, tale operazione rischia di risolversi in una surrettizia trasformazione della colpa in omissione. Interessante notare che il criterio della prevalenza, cui si è fatto cenno, talvolta, non ha ragion d'essere laddove emerga con chiarezza quella condotta che ha determinato il concreto innescarsi della progressione causale che ha prodotto l'evento. In tal senso, la Corte di Cassazione ha qualificato come attiva la condotta di fabbricazione e commercializzazione di protesi valvolari cardiache in violazione della

63 A. DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1952, p. 245.

64 F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, pp. 92 ss.

65 K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità, Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Bolzano, 2013, p. 159.

66 Cass. pen., Sez. Un., 18.09.2014, n. 38343 in *CED Cass. pen.*, 2015.

67 A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, Milano, 2012, p. 20.

normativa comunitaria ⁶⁸.

Da queste premesse, la Corte ha fatto discendere quale conseguenza pratica che: «ai fini dell'accertamento del rapporto di causalità fra la condotta contestata e l'evento lesivo realizzatosi, il giudizio controfattuale non andasse compiuto secondo lo schema della causalità omissiva, dando per avvenuta la pretesa condotta omissiva dell'evento e chiedendosi se, posta in essere la medesima, l'evento sarebbe ugualmente avvenuto in termini di elevata credibilità razionale, bensì doveva essere effettuato secondo lo schema della causalità commissiva».

Il criterio della prevalenza omissiva cui fa impiego la giurisprudenza ha condotto ad esiti certamente discutibili e che meritano di essere commentati.

Un caso emblematico è rappresentato dal conducente di un autoveicolo, il quale procedendo ad una velocità di marcia consentita dal codice della strada, improvvisamente sbanda; il ribaltamento della vettura determina la proiezione del passeggero (lato anteriore) fuori dall'abitacolo, riportando lesioni mortali ⁶⁹.

La sentenza di condanna per omicidio colposo ricostruisce la condotta del conducente in termini di omissione, consistente nella mancata verifica da parte del guidatore che il passeggero indossasse la cintura di sicurezza, laddove in qualità di garante avrebbe dovuto accertarsene.

Taluni commentatori ritengono sia la condotta positiva della guida ad essere causativa del sinistro, che assume i connotati della colpa e, quindi, della rimproverabilità di tale condotta all'autore per il fatto di non aver osservato una regola cautelare che gli imponesse di avvedersi di quelle circostanze. Il canone della prevalenza impone al giudice di individuare quale segmento della condotta abbia avuto una reale efficacia causale o una maggiore significatività deterministica, ed in questo caso specifico la Corte ritenne causale la condotta omissiva in applicazione di siffatto criterio.

Quando un soggetto pone in essere una pluralità di condotte, tutte riconducibili alla violazione di distinte regole cautelari, il criterio prevalenza deve essere necessariamente integrato. Un tale correttivo può rintracciarsi nella «condotta realmente condizionante» ⁷⁰ con la conseguenza che se la modificazione della realtà è riferibile ad una mancata

⁶⁸ Cass. pen., sez. IV, 01.03.2011, n. 15002 in *Guida al diritto*, 2011.

⁶⁹ Cass. pen., sez. IV, 28.01.2010, n. 3585 in *CED Cass. pen.*, 2010.

⁷⁰ G. AMARA, *Fra condotta attiva e passiva, nuovi criteri e reali conseguenze sul piano dell'imputazione*

attivazione dell'agente o ad un'attivazione diversa da quella imposta, saremmo in presenza di un'omissione⁷¹.

Secondo la giurisprudenza, un'ulteriore criterio discretivo in termini di qualificazione della condotta sarebbe rappresentato dall'introduzione di un nuovo fattore di rischio già presente e poi effettivamente concretizzatosi, il quale abbia cagionato o contribuito a cagionare l'evento⁷². Avrebbe dunque natura commissiva la condotta del medico che introduca nel quadro clinico del paziente un nuovo fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi; sarebbe invece omissiva la condotta del sanitario che non abbia constatato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente.

È proprio il settore della responsabilità medica a presentare maggiori inconvenienti in tema di qualificazione della condotta. Basti a tal proposito osservare il medico che, dopo aver effettuato una diagnosi corretta, prescriva poi una terapia inefficace ancorché innocua, con la conseguente perdita della vita del paziente: dovremmo ragionevolmente parlare di un'azione causativa dell'evento ovvero di un'omissione non impeditiva dello stesso?⁷³. Difficile tracciare una netta cesura tra i due momenti, quello omissivo e quello commissivo, in cui l'azione si dispiega, come per il caso in cui il medico abbia a modificare ingiustificatamente, talvolta sospendendolo, un determinato trattamento farmacologico, con conseguente decesso del malato⁷⁴.

Un ulteriore punto di pericolosa frizione circa l'individuazione ora di una condotta in forma omissiva ora invece in forma commissiva sta nella qualificazione della condotta del medico che, su richiesta del paziente, il quale voglia lasciarsi morire, interrompa un trattamento in atto che avrebbe prolungato la vita del paziente (ad esempio distaccando un apparecchio di respirazione artificiale). La liceità penale di un'omissione che sia causalmente riconducibile all'evento morte di un paziente preda di atroci sofferenze andrebbe a sottrarsi al disposto di cui all'art. 579 cp, così da evitare un «oltranzismo terapeutico volontariamente rifiutato dal paziente»⁷⁵.

dell'evento in *Cass. pen.*, 2012, p. 2793.

71 M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. Volume I: Art. 1-116, IV ed., Milano, 2012, p. 314.

72 *Cass. pen.*, sez. IV, 29. 04. 2009, n. 21513 in *Dejure it. (web)*.

73 Nel senso di una configurabilità sotto lo schema del reato omissivo improprio cfr. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, pp. 1969 ss.

74 G. AMARA, *op. cit.*, pp. 2795 ss.

75 FIANDACA -MUSCO, *Diritto penale - Parte speciale*, Vol II, tomo I, Bologna, cap I, sez I, § 8, p. 38.

Il *leading case* è rappresentato dal caso di Piergiorgio Welby, affetto da molti anni da una grave distrofia muscolare di tipo degenerativo, ove, dietro consapevole richiesta dello stesso, un medico anestesista provvide a distaccare i mezzi di sostegno artificiale. Qui la responsabilità del medico, titolare di una *posizione di garanzia*, venne esclusa dal G.u.p. Trib Roma, sancendo il diritto per il paziente di rifiutare le cure (come derivante dall'art. 32 Cost.) e argomentando non già sul piano della esclusione della tipicità, bensì su quello per cui l'azione - e non l'omissione come invece ritenuto da una parte della dottrina⁷⁶ - fosse coperta dalla causa di giustificazione dell'adempimento del dovere (art. 51 c.p. in relazione all'art. 32 Cost.).

Il celebre caso della morte del pilota Ayrton Senna offre ulteriori spunti di riflessione. Nonostante la dichiarazione dell'intervenuta prescrizione a carico di alcuni degli imputati in Cassazione⁷⁷, si riconobbe la responsabilità del direttore tecnico per un comportamento commissivo colposo laddove invece la Corte d'Appello aveva evidenziato l'impossibilità di scindere profili omissivi da quelli commissivi, affermando: «in una fattispecie così complessa non è tuttavia possibile separare i profili commissivi da quelli omissivi ed anche qualora si volesse ritenere che l'imputato non abbia direttamente partecipato alla progettazione e realizzazione del nuovo piantone dello sterzo installato sulla vettura di Senna, non vi è alcun dubbio che si debba ritenere ugualmente responsabile della morte del pilota sotto il profilo omissivo».

La vicenda processuale dimostra la maggiore duttilità accusatoria dell'omissione rispetto all'azione. La causalità omissiva finisce, infatti, per accreditare più facilmente ipotesi ricostruttive puramente probabilistiche del giudizio controfattuale.

Nella celebre sentenza “Cozzini” in materia di esposizione alle fibre di amianto, la Corte configura in capo agli imputati condotte attive consistenti nell'«avvelenamento» mediante dosi quotidiane di sostanza, piuttosto che nella mancata predisposizione nell'ambiente di lavoro delle misure necessarie per eliminare o attenuare i rischi di malattia⁷⁸.

⁷⁶ Si segnala in particolare VIGANÒ, *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace?, Considerazioni in margine al caso Welby* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 7, secondo il quale il consapevole rifiuto da parte del paziente avrebbe fatto venire meno la posizione di garanzia del medico e, dunque, la tipicità della sua condotta omissiva rispetto alla fattispecie incriminatrice.

⁷⁷ Cass. sez. III, 13.04.2007, n. 15050 in *CED Cass. pen.*, 2007.

⁷⁸ Cass. pen., sez. IV, 13.12.2010, n. 43786 in *Foro it.* 2012.

In proposito, tra i numerosi spunti che la sentenza ci offre vi è quello di perfezionare quella concezione basata sulla distinzione tra causalità attiva ed omissiva, rigettando la tesi secondo la quale in presenza di una causalità omissiva non vi sarebbe la necessità di ricostruire il decorso causale reale, che invece deve essere sempre ricostruito prima del decorso ipotetico⁷⁹. Ad un'opposta conclusione si è giunti invece nel caso Fincantieri, nel quale viene affermata la penale responsabilità da esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto, a carico del datore di lavoro che, titolare di una posizione di garanzia, risultava sufficientemente informato circa la situazione di pericolo, anche a seguito del varo della L. 27 marzo 1992, n. 257 che, come noto, vietò definitivamente la lavorazione dell'amianto.

L'esercizio di attività pericolosa avrebbe imposto all'imprenditore l'approntamento di ogni possibile cautela, dalla più intuitiva (come proteggere le vie respiratorie con maschere altamente filtranti, macchinari ed impianti di aspirazione od imporre accurati lavaggi alla cessazione dell'orario di lavoro con cambio degli indumenti da sottoporsi, anch'essi, a lavaggio), alle più complesse suggerite dalla scienza e dalla tecnica.

Non solo, anche l'istruttoria fece emergere una grossolana indifferenza del datore di lavoro a fronte dell'inalazione delle polveri tossiche da parte degli operai, suggerendo un contegno meramente passivo e, dunque, una condotta omissiva⁸⁰.

Infine, se il garante avesse tenuto la condotta lecita prevista dalla legge, operando secondo il noto principio di controfattualità (cui si dirà appresso) guidato sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica universale o statistica, l'evento non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva; in questo senso l'evento doveva ritenersi evitabile.

L'oscillazione altalenante della giurisprudenza in materia, circa la qualificazione della condotta in termini omissivi o commissivi ed il successivo impiego della causalità commissiva e di quella omissiva alla ricerca del nesso eziologico che legghi la condotta all'evento, parrebbe un atteggiamento particolarmente ricorrente⁸¹.

79 G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 523 ss.

80 Cass. pen., sez IV, 27.08.2012, n. 33311 in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, p. 297.

81 S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, pp. 62 ss.

5. Il nesso di causalità tra omissione ed evento

Questo paragrafo avrebbe potuto essere ribattezzato l' «*equivalente tipico della causalità*», dal momento che già Von Listz sottolineava come nei reati omissivi non venga in considerazione una causalità in senso proprio, bensì un «elemento analogo alla causalità dell'azione»⁸².

Il nesso causale, quale elemento materiale del reato omissivo improprio, preclude ogni forma di responsabilità per fatto altrui; infatti, nessuno può essere chiamato a rispondere penalmente se non per una propria azione materiale, come pacificamente discende dall'art. 27 Cost.

In tale ambito, la spiegazione causale acquista una valenza *ipotetica e prognostica*, dovendosi accertare in che modo l'eventuale compimento dell'azione doverosa avrebbe impedito la realizzazione dell'evento lesivo verificatosi.

Nell'accertare il nesso di condizionamento tra una data omissione e l'evento, occorre verificare preliminarmente l'esistenza di una *legge di copertura* in virtù della quale sia consentito affermare che, al verificarsi di certi antecedenti, vengano meno certe conseguenze, impiegando come banco di prova la formula della *condicio sine qua non*⁸³. In questo senso, l'omissione è causa dell'evento quando non può essere mentalmente sostituita dall'azione doverosa senza che l'evento venga meno.

Se ad esempio, il medico non praticasse l'iniezione antitetanica, la morte di un ferito provocata dall'infezione potrebbe dirsi causale rispetto alla condotta omissiva del sanitario.

5.1 Il giudizio controfattuale e la formula della *condicio sine qua non*

Sotto il profilo logico ed epistemologico, affermare che «*se l'azione doverosa fosse stata compiuta, l'evento non si sarebbe verificato*» non ha ad oggetto né la spiegazione di un avvenimento del passato, né la previsione di un accadimento futuro; esso costituisce una «*condizione controfattuale*», nella quale tanto l'antecedente quanto il

82 F. VON LISTZ, *Lehrbruch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1914, cit., p. 137.

83G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale Diritto Penale. Parte generale*, IX° ed., Bologna, 2024, p. 636.

conseguente sono falsi, poiché sappiamo, in realtà, che l'azione doverosa non è stata compiuta e l'evento si è verificato⁸⁴.

Occorre mettere in risalto la peculiare natura *negativa* dell'antecedente causale: il giudice dovrà argomentare su base ipotetica, verificando se l'inerzia del soggetto garante possa dirsi equivalente alla causazione fisica dell'evento.

La rilevanza causale del *non facere* omissivo può essere osservata nel seguente esempio: «Consideriamo un tavolo. Non possiamo osservare nessuna trasformazione in esso. Ieri magari è stato mosso, non è escluso che in futuro verrà danneggiato o addirittura distrutto, ma nel momento in cui lo osservo *non* muta. Si può supporre che la sua temperatura, la sua massa, persino il riflesso della luce sulla superficie rimangano inalterati per un certo periodo, ma anche questo evento, il tavolo che rimane immutato, è un processo: è un processo statico, tale cioè che le grandezze considerate si mantengono costanti nel tempo»⁸⁵.

In altre parole, nell'affermare che qualcuno omette di fare qualcosa non si fa altro che descrivere uno stato reale della persona - analogo all'esempio sopra riportato - che chiamiamo «*condizione statica*».

Nella presente indagine sulla causalità dell'omissione, non si può rinunciare all'enunciato controfattuale che assume la forma «*se non ci fosse stata l'azione, l'evento non si sarebbe verificato*»⁸⁶.

Coerentemente, anche nella giurisprudenza si afferma che: «nella causalità omissiva non può essere accertato, per la contraddizione che non lo consente, un rapporto naturalistico di causazione tra la condotta (carente) e l'evento ed essendo, invece sufficiente che, attraverso un ragionamento logico, si pervenga alla conclusione che l'azione doverosa omessa, se fosse stata realizzata avrebbe impedito il verificarsi dell'evento di reato che, così, può essere oggettivamente imputato (causalità normativa) alla condotta dell'omittente quando il nesso tra l'omissione e l'evento non sia interrotto da cause estrinseche del tutto anormali ed eccezionali che si collochino al di fuori della normale, ragionevole prevedibilità»⁸⁷.

84 G. GRASSO, *op. cit.* p. 386.

85 R. CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, 1971, p. 237.

86 C. F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1252.

87 Cass. pen., sez. IV, 11.03.1998, n. 3131 in *Jurisdata*.

Trattare della causalità omissiva significa in un primo tempo predicare «l'efficacia del nulla»⁸⁸. Come è stato opportunamente osservato⁸⁹, il grado di incertezza connaturato alla causalità omissiva ha spesso orientato la giurisprudenza verso un rigore meno appagante rispetto a quello richiesto per la causalità dell'azione.

Il giudizio doppiamente ipotetico che l'enunciato controfattuale ci costringe a compiere, impone semmai di muoverci con maggiore cautela.

Si deve ipotizzare come *contra factum*, come non accaduto, il comportamento inerte tenuto dal soggetto obbligato ad agire.

Nella protasi del periodo ipotetico controfattuale, l'interprete dovrà aggiungere “l'azione impeditiva tipizzata in concreto” come reale, mentre è solo immaginaria.

Nell'enunciato controfattuale che si ritrova nella causalità dell'azione, sia la protasi che l'apodosi sono imperniate su un dato naturalistico e come tale, verificabile; laddove nella causalità omissiva, solo l'apodosi comprende un dato reale, giacché nella protasi non ravvisiamo dati reali bensì un antecedente statico: l'omissione, a condizione di essere integrata dall'azione impeditiva che però rimane immaginaria.

5.2 L'accertamento del nesso di causalità: leggi di natura statistica e imputazione obiettiva dell'evento

Quanto ai criteri di accertamento, supponendo mentalmente realizzata l'azione doverosa omessa, ci si chiede se, in presenza di essa, l'evento lesivo sarebbe venuto meno.

Il nesso di causalità richiede sempre una «derivazione necessaria, diretta e certa, fra l'azione od omissione e l'evento»⁹⁰.

I giudici di legittimità hanno operato una distinzione tra la valenza probabilistica della legge di copertura, richiamata in sede di verifica controfattuale del nesso di condizionamento, e la certezza processuale sancita dal giudice, il quale compie una valutazione complessiva del materiale probatorio.

88 C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici* in *Riv. it. med. leg.*, 1992, pp. 821 ss.

89 C. E. PALIERO, *Il sistema Penale*, I°ed., Milano, 2024, p. 217.

90 Cass. pen., Sez. II, 17.10.1952 in *Riv. pen.*, 1953, II, p. 189.

In questo modo, anche per il caso in cui la condotta pretermessa da parte del garante avesse sortito un esito positivo circa l'evitabilità dell'evento in una percentuale minima di casi, il giudice potrà affermare la penale responsabilità dell'imputato al quale viene addebitato il mancato compimento dell'azione doverosa.

In tema di responsabilità medica, il mancato intervento terapeutico non solo realizza una perdita di chances di sopravvivenza del paziente, ma determina, al contempo, un *aumento del rischio* per la vita dello stesso.

Un simile atteggiamento giurisprudenziale, pur rifacendosi a criteri probabilistici, recepisce di fatto la teorica dell'imputazione obiettiva dell'evento in considerazione della natura del bene penalmente protetto.

Tuttavia, la teorica della causalità penalmente rilevante dovrebbe essere basata su criteri generali, che prescindono dai beni giuridici di volta in volta in gioco.

La Suprema Corte afferma che il giudice può articolare il percorso motivazionale in merito alla riferibilità materiale di un accadimento lesivo ad un determinato soggetto con il richiamo a leggi di natura statistica. Tali leggi di copertura indicano una relazione di tipo logico, credibile razionalmente, più che di tipo empirico, e che si fondano necessariamente su assunzioni tacite relative ad alcuni antecedenti ed alcune fasi del meccanismo di produzione dell'evento altrimenti non conoscibili⁹¹.

Il richiamo all'utilità statistica dell'azione omessa costituisce, dunque, il limite negativo dell'imputazione normativa dell'evento.

La peculiarità della causalità omissiva si deve cogliere, in particolare, nel *vacuum* dell'omettere: nel riferire un evento naturalistico lesivo ad un'inerzia, in assenza di alcun rapporto significativo di derivazione materiale che giustifichi razionalmente detta imputazione. Se si verificano eventi lesivi tali da inscrivere materialmente nel rapporto di garanzia, l'ordinamento interviene attribuendo, su base normativa, l'evento ad un soggetto che ne è l'autore materiale. Il giudizio di certezza, afferma la Corte Suprema, non vuol dire un giudizio fondato su elementi tali per cui chiunque, esaminandoli, non potrebbe che pervenire alla stessa conclusione; «Non si tratta di una certezza oggettiva (per sua natura difficile da conseguirsi), ma la certezza processuale, vale a dire la

91 M. B. MAGRO, *Orientamenti giurisprudenziali sul nesso causale* in *Cass. pen.*, 1991, p. 341.

certezza soggettiva del giudice, basata sul suo libero convincimento e sostenuta da un adeguata motivazione che valga ad escludere l'eventualità che detto convincimento poggi su basi giuridicamente o logicamente fallaci. Ne deriva che il giudice ben può pervenire all'affermazione di responsabilità anche sulla base di considerazioni di natura probabilistica, sempre però che queste ultime non vengano a costituire il risultato finale della valutazione da lui operata, come tale assunto a fondamento esclusivo dell'affermazione di responsabilità, ma rappresentino soltanto il passaggio logico mediante il quale egli, per esclusione, perviene al giudizio di soggettiva certezza in ordine alla detta responsabilità, nulla rilevando poi che detto giudizio possa non essere da tutti condiviso»⁹².

5.3 La teoria dell'aumento del rischio

L'imputazione dell'evento secondo il criterio dell'“*aumento del rischio*” può essere facilmente colta sulla scorta dell'esame di un caso censito dai giudici tedeschi. Riassumendone i termini: a seguito del divampare delle fiamme in un'abitazione, l'unica chance di salvezza per i bambini lì presenti era rappresentata dal gettarli dalla finestra, al di sotto della quale stavano tre robusti uomini.

Tuttavia, il padre dei piccoli non si decise a compiere questa *azione*, forse anche in considerazione dei rischi che avrebbe potuto comportare per la vita dei figli, i quali morirono tra le fiamme.

Secondo il BGH, la condotta omissiva del padre potrebbe ritenersi “causale” per la morte dei bambini solo a condizione che questa sarebbe stata impedita per mezzo dell'azione omessa. A questo fine è sufficiente l'accertamento di un “*probabilità confinante con la certezza*”.

Nel caso di specie, il comportamento doveroso omesso avrebbe, con una probabilità confinante con la certezza, impedito che quei bambini morissero, potendo dunque affermare il nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento⁹³.

Tuttavia la decisione dei giudici genera perplessità; infatti, cadendo da un'altezza di sei metri e mezzo, potremmo affermare con una probabilità confinante con la certezza che

⁹² Cass. pen., sez. VI, 8.1.1999, n. 1957 in *Riv. pen.* 1999, p. 27.

⁹³ BGH, 28.07.1970 in *Juristenzeitung*, 1973, p. 173.

due bambini di tenera età sarebbero rimasti in vita? Allora, per l'imputazione obiettiva dell'evento all'omittente, sarebbe sufficiente che l'azione doverosa sia in grado di aumentare le “probabilità di salvezza del bene giuridico minacciato” o, detto diversamente, che possa diminuire “il pericolo che minacciava il bene giuridico”.

Uno degli aspetti più problematici della teoria dell'aumento del rischio, quale elemento della fattispecie in sostituzione alla causalità, è quello di trasformare i reati di evento da reati di danno in reati di pericolo (nei quali l'evento diventa una condizione obiettiva di punibilità) e questo collide senz'altro col dettato dell'art. 40, c. 1, c.p.

Esiste pure qualche voce distonica rispetto a questa ricostruzione⁹⁴, ove si osserva che a fondamento delle fattispecie di danno vi è sempre il divieto di creare o di aumentare il pericolo per il bene protetto, o il comando di diminuire un tale pericolo.

Tuttavia, occorre precisare che in simili fattispecie l'antigiuridicità abbraccia elementi che vanno al di là della violazione della norma comportamentale: il legislatore si sarebbe potuto limitare a sanzionare penalmente la mera causazione di un pericolo per il bene protetto, prevedendo invece la causazione del risultato come elemento di fattispecie.

Il caso poc'anzi discusso va inteso nel senso di comprendere se una certa azione, pur essendo astrattamente rivolta a salvaguardare il bene garantito, sia o no doverosa, in considerazione dei rischi che presenta in concreto. Perciò, per poter rispondere al quesito posto in precedenza, occorre un giudizio prognostico, da effettuarsi necessariamente *ex ante* (ovverosia al momento in cui l'azione di salvataggio avrebbe dovuto essere compiuta), confrontando i pericoli per il bene protetto derivanti da un processo causale già in atto con quelli inerenti all'intervento del garante.

La doverosità dell'azione era pretesa dall'ordinamento nello stadio iniziale, prescindendo dunque dal successo o dall'insuccesso del tentativo di salvataggio (conoscibile solo *ex post*).

In tutte quelle “situazioni di incertezza” nelle quali può apparire meno evidente che il comportamento doveroso sia in grado di impedire l'evento che, al suo verificarsi non consente di accertare il nesso di condizionamento tra l'omissione del garante ed il risultato lesivo, il principio dell'aumento del rischio trova un limitato ambito di

⁹⁴ G. STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der hypothetischen Kausalität*, Karlsruhe, 1972, pp. 228-229.

applicazione, giacché per la punibilità del reato non sarebbe necessaria la prova che il comportamento doveroso avrebbe impedito la lesione dell'interesse tutelato, ma solo la prova che esso avrebbe diminuito il rischio del suo verificarsi.

Il peculiare innesto che si verifica per dare origine al reato omissivo improprio non ammetterebbe una trasformazione di ipotesi omissive in reati di pericolo, se le corrispondenti fattispecie commissive venissero mantenute come fattispecie di danno.

Una simile constatazione non varrebbe, invece, ad impedire il criterio dell'aumento del rischio per quelle fattispecie omissive proprie, imperniate sull'omissione di misure doverose volte all'impedimento di un evento. In questi casi, l'ulteriore requisito per cui l'omissione di misure doverose aumenti il rischio di verificarsi dell'evento lesivo contribuirebbe a dare una maggiore concretezza lesiva a tali fattispecie⁹⁵.

L'efficacia motivante della disposizione penale sarebbe maggiore per il caso dell'adozione di un simile criterio; esso indurrebbe, infatti, l'obbligato ad agire anche in quelle situazioni di incertezza nelle quali non sarebbe possibile dimostrare la sussistenza dell'equivalente tipico una volta verificatosi l'evento lesivo.

A Shünemann si deve l'introduzione in Germania di una figura di reato volta a sanzionare penalmente l'omissione, da parte del titolare dell'azienda, di quelle misure di sorveglianza volte ad impedire che i propri dipendenti commettano reati nell'esecuzione di "compiti aziendali." La punibilità viene a dipendere solo per il caso in cui l'adozione di quelle misure di sorveglianza avesse, in concreto, impedito o quantomeno reso più difficile il compimento di reati⁹⁶.

5.4 Il paradigma della Sentenza Francese: probabilità logica e credibilità razionale

Si pone in una direzione mediana fra la teoria dell'aumento del rischio e la rigorosa teoria condizionalistica l'importante sentenza a Sezioni Unite Francese del 2002, che rappresenta, ad oggi, una pietra miliare in tema di causalità. Ai fini della verifica del nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento concreto, non appare più decisivo un coefficiente di probabilità statistica elevato - ovvero confinante con la certezza - bensì

95 G. GRASSO, *op. cit.*, p. 459.

96 B. SHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, pp. 206-208.

stante l'*alta probabilità logica* di esclusione di *fattori causali alternativi*, ci si appaga di un elevato grado di *credibilità razionale*.

Ciò che la sentenza manca di specificare è se questi fattori causali debbano ritenersi “alternativi” rispetto alla condotta omissiva, ovvero rispetto a cause naturalistiche assumibili quali antecedenti positivi dell'evento (basi pensare, a titolo esemplificativo, ad una crisi respiratoria in atto in alternativa ad un tumore letale non diagnosticato)

Non possiamo che prendere atto di un cronico stato di incertezza dove la scena è dominata dal fittizio; in chiave garantistica, il merito della storica sentenza Franzese è stato quello di avere restaurato il paradigma della causalità in senso condizionalistico, avversando come incompatibile col diritto vigente quel precedente filone giurisprudenziale che predicava la teoria dell'aumento del rischio.

Questa stessa preoccupazione già era presente nel Progetto di riforma del codice penale elaborato dalla “Commissione Grosso”, il quale proponeva la seguente formula: «Non impedire l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo, se il compimento dell'attività omessa avrebbe impedito l'evento con una probabilità confinante con la certezza».

5.5 Le resistenze della giurisprudenza: verso il ritorno dell'aumento del rischio?

A dispetto del richiamo formale da parte della giurisprudenza successiva di formule quali “*al di là di ogni ragionevole dubbio*” ovvero di “*probabilità confinante con la certezza*”, la sostanza dell'iter motivazionale continua ad essere ancorato al paradigma dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio⁹⁷.

Come suggeritoci in parte dalla manualistica⁹⁸, accontentarsi dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio si risolverebbe in una “abnorme espansione della responsabilità” in violazione del principio della responsabilità per fatto proprio.

La sentenza Franzese mostra evidenti limiti rispetto alle peculiarità che contraddistinguono la causalità omissiva; insomma, una ragionevole applicazione del criterio della certezza dell'effetto impeditivo viene a scontrarsi indissolubilmente col

97 G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale. Tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, p. 37.

98 D. PULITANÒ, *Diritto Penale, Parte generale*, IX° ed., Torino, 2021, p. 243.

carattere ipotetico della causalità omissiva.

Vi sono dei settori, come quello della responsabilità medica o di quella datoriale, in cui risulta maggiormente comprensibile volersi valere di criteri logici e probabilistici più afferenti ad un sistema di valori in chiave garantistica, onde evitare semplificazioni che pregiudicherebbero seriamente un rigoroso accertamento.

Così, quando risulta essere in gioco il grado di probabilità impeditiva della condotta doverosa omessa, ecco che i criteri ermeneutici contenuti nella sentenza Franzese non appaiono così rigidi ed affidabili⁹⁹. Sebbene espressamente rifiutato dalla sentenza Franzese, successivamente il criterio dell'aumento del rischio torna a fare la sua comparsa. Si legge infatti: «Sussiste, in definitiva, il nesso di causalità tra l'omessa adozione da parte del datore di lavoro di idonee misure di protezione e il decesso del lavoratore in conseguenza della protratta esposizione alle polveri di amianto, quando pur non essendo possibile determinare l'esatto momento di insorgenza della malattia, deve ritenersi prevedibile che la condotta doverosa avrebbe potuto incidere positivamente anche solo sul tempo di latenza.

In altri termini, se il garante avesse tenuto la condotta lecita prevista dalla legge, operando secondo il noto paradigma della controfattualità, guidato sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica – universale o statistica - l'evento non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

In questo senso l'evento dovrà ritenersi evitabile»¹⁰⁰.

Del pari in epoca antecedente alla storica sentenza, si leggeva: «la causalità omissiva non può essere presunta né data per scontata ma individuata attraverso un giudizio ipotetico che, partendo dall'evento, lo suppone mentalmente cagionato ove si accerti che esso - senza l'omissione colpevole non si sarebbe verificato, così che se il processo logico perviene alla conclusione che l'azione doverosa (omessa) sarebbe valsa - secondo una valutazione probabilistica - ad impedire l'evento stesso, si stabilisce il nesso causale in base alla clausola generale di equivalenza»¹⁰¹.

99 O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso causale* in *Cass. pen.*, 2008, pp. 2151 ss.

100 Cass. pen., sez. IV, 11. 04. 2008, n. 22165 in *Olympus Uniurb.(web)*.

101 Cass. pen., sez. V, 01. 09.1998, n. 10929 in *Dejure it. (web)*.

Il criterio dell'aumento del rischio veniva in passato impiegato per affermare l'esclusione del nesso di causalità quando, ad esempio, un medico avesse omesso di praticare l'accertamento diagnostico imposto da protocolli professionali e successivamente fosse stato riscontrato un carcinoma.

In simili casi non può affermarsi la sua responsabilità sulla base della detta omissione, ove non sia certo, o “*altamente probabile*” che, al momento in cui gli esami avrebbero dovuto essere effettuati, la malattia fosse già diagnosticabile.

Qui il giudice ritenne peraltro non solo dubbia, ma addirittura improbabile, la possibilità di diagnosticare la malattia all'epoca dell'avvenuta omissione¹⁰².

In tempi odierni, nel reato omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di “*alta probabilità logica*”, che a sua volta deve essere fondato, oltre che sul ragionamento di deduzione logica basato sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto¹⁰³. È stata infatti ritenuta immune da censure, in applicazione del medesimo criterio, la decisione con la quale veniva affermato il nesso causale tra la condotta omissiva dell'anestesista - consistente nel mancato monitoraggio dei tracciati ECG della paziente nel corso di un intervento chirurgico e nel non tempestivo rilevamento delle complicanze cardiache insorte per asistolia - ed i gravi danni cerebrali procurati alla stessa in conseguenza del ritardo cui era stato eseguito il massaggio cardiaco¹⁰⁴.

Nel settore della responsabilità medica vi è un proliferare di sentenze nelle quali si afferma che il ragionamento controfattuale deve essere svolto dal giudice di merito con riferimento alla specifica attività (diagnostica, terapeutica, di vigilanza dei parametri vitali del paziente ecc.) richiesta al sanitario e che si assume idonea, se realizzata, a scongiurare l'effetto lesivo, come in concreto verificatosi, con alto grado di credibilità razionale¹⁰⁵.

102 Cass. pen., sez IV, 24.02.2006 n. 6511 in *Dejure it. Giur. (web)*.

103 Cass. pen., sez. IV, 1.06.2016 n. 28571 in *CED Cass. pen.*, 2016. In senso conforme: Cass. pen., sez. IV, 03.10.2002, n. 38334 in *CED Cass. pen.*, 2002; Cass. pen., sez. IV, 15.05.2003, n. 27975 in *CED Cass. pen.*, 2003; Cass. pen., sez. IV, 19.03.2015, n. 22378 in *CED Cass. pen.*, 2015.

104 Cass. pen., sez. IV, 11.05.2016, n. 26491 in *CED Cass. pen.*, 2016.

105 Cass. pen., sez. IV, 13.06.2014, n. 30469 in *Foro it.*, 2015.

Talvolta compaiono espressioni come “*altissima probabilità logica*” con riferimento all'allungamento della vita del paziente, se si fossero adoperati rimedi terapeutici - nel caso di specie ulteriori oltre a quello radioterapico praticato agli esordi della malattia - in considerazione della salvaguardia del bene giuridico della vita, anche se non temporalmente molto estesa.

5.6 Alla ricerca dell'antecedente causale

Individuare la causa di un evento significa selezionare la serie di antecedenti che hanno prodotto quell'evento. L'antecedente deve essere una condizione «contingentemente necessaria» dell'evento¹⁰⁶.

Lo schema di ragionamento da perseguire è di tipo abduttivo poiché, quando si versa in situazioni di causalità ipotetica, se l'evento sarebbe egualmente accaduto qualora si fosse verificato l'antecedente (condotta doverosa omessa), non si fa altro che congetturare all'interno di fatti realmente accaduti, inserendo un antecedente virtuale¹⁰⁷.

È causa dell'evento l'intera serie di antecedenti individuata come eziologicamente rilevante. Tuttavia, questa operazione di “raccolta” è tutt'altro che neutra.

L'unico criterio epistemologicamente neutro per la determinazione della base fattuale risiede nella mera caratterizzazione cronologica. Secondo tale prospettiva, si definisce «antecedente» un elemento della realtà fenomenica per il solo fatto di aver preceduto temporalmente un altro fenomeno, convenzionalmente designato come evento.

Tuttavia, siffatta qualificazione diacronica, ancorché necessaria sotto il profilo logico, si rivela del tutto insufficiente ai fini dell'accertamento causale: la mera successione temporale, se non supportata da ulteriori criteri, rischia di trasmodare nella fallacia logica del *post hoc, ergo propter hoc*. L'esempio tipico è quello del gallo che canta pochi istanti prima del sorgere del sole e che non determina quell'evento per via della successione temporale: semplicemente non si tiene conto di un terzo fattore, quello della rotazione terrestre.

Il principio “*correlation is not causation*” richiede da un lato la presenza di un legge

106 C. F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217.

107 R. BLAIOTTA, *Il realismo critico di K. Popper, un modello di conoscenza oggettiva per il giudizio penale* in *Cass. pen.*, 1997, p. 3869.

scientifico di copertura che leghi *A* e *B* ed un ragionamento controfattuale per il quale, eliminando mentalmente l'antecedente *A*, l'evento *B* non si sarebbe verificato.

Sebbene la fase di individuazione prodromica degli antecedenti possa informarsi a un ampio ventaglio di ipotesi esplicative dotate di rigore scientifico - onde garantire un'analisi scevra da condizionamenti aprioristici - appare innegabile la possibilità che taluni fattori rilevanti rimangano esclusi da siffatta, ancorché necessaria, attività di selezione, orientando in modo differente l'esito della verifica causale.

In definitiva, una lacunosa perimetrazione della base fattuale finisce per inficiare l'intero *iter* dell'accertamento: l'omissione di variabili potenzialmente dirimenti dal successivo scrutinio analitico rischia di precludere una corretta ed esaustiva ricostruzione del nesso eziologico sotteso all'evento¹⁰⁸.

Per calarsi in un esempio concreto, si consideri la morte per affogamento di un bagnante a fronte dell'accertamento che il bagnino - il quale avrebbe dovuto rilevare la situazione di pericolo e intervenire - si trovasse, al contrario, altrove.

La valenza impeditiva della condotta doverosa omessa (intervento del bagnino) non può essere correttamente apprezzata se non conoscendo la serie causale che ha determinato la morte del bagnante. Le risposte saranno diverse se si ipotizza che il bagnante sia morto perché, colto da un attacco di panico, ha invocato invano aiuto ed è affogato, ovvero se il bagnante, portatore di un aneurisma all'aorta cardiaca, ha riportato la rottura dell'aneurisma ed è affogato in conseguenza del malore derivante dalla patologia di cui era portatore, che avrebbe reso comunque vano l'intervento del bagnino.

Il giudizio di causalità ipotetica non si risolve, dunque, in un'astratta speculazione, bensì in un giudizio di relazione diacronica: la stima della rilevanza causale del comportamento virtuale (l'antecedente *in fieri*) trae la sua legittimazione solo dal confronto con l'evento singolare e i suoi antecedenti reali.

Senza tale ancoraggio, il ragionamento probatorio perderebbe il carattere della falsificabilità, trasmodando in una congettura arbitraria.

In tale giudizio che assume carattere predittivo, è necessario operare una netta distinzione rispetto all'istituto del tentativo (art. 56 c.p.).

108 F. MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota* in *Diritto e quest. pub.*, Palermo, 2011, pp. 155- 156.

Nella causalità ipotetica, infatti, l'oggetto dello scrutinio riguarda la probabilità di non verificazione di un evento già storicamente avvenuto, mediante l'addizione ideale dell'azione doverosa omessa; mentre per il caso del tentativo, il giudizio concerne la probabilità di verificazione di un evento che non si è ancora prodotto, con riferimento a un'azione non ancora consumata.

6. La condotta alternativa lecita

L'individuazione delle fonti normative preposte alla configurazione della *posizione di garanzia* - e il conseguente sorgere dell'obbligo di attivarsi al verificarsi dei presupposti fattuali tipici - impone una riflessione sulle modalità di determinazione della condotta doverosa non prestata. Tale operazione di selezione e designazione dell'azione attesa appare sussumibile entro lo schema logico-concettuale proprio del giudizio concernente la colpa, limitatamente alla sua dimensione normativa.

La determinazione della condotta omessa risulta meno imprecisa quando il precetto che stabilisce il dovere di attivarsi è contenuto in «*leggi, regolamenti, ordini o discipline*» (mutuando la formula codicistica che allude alla colpa c.d. specifica).

Quando il comando di attivarsi assume contorni sufficientemente accurati ed inequivoci, è possibile formulare in termini analitici la descrizione in astratto del comportamento che doveva essere tenuto.

Si pensi, per esemplificare, al dettato dell'art. 153 d. lgs 81/08, che statuisce:

1. Il materiale di demolizione non deve essere gettato dall'alto, ma deve essere trasportato oppure convogliato in appositi canali, il cui estremo inferiore non deve risultare ad altezza maggiore di due metri dal livello del piano di raccolta;
2. I canali suddetti devono essere costruiti in modo che ogni tronco imbocchi nel tronco successivo; gli eventuali raccordi devono essere adeguatamente rinforzati;
3. L'imboccatura superiore del canale deve essere realizzata in modo che non possano cadervi accidentalmente persone.

Non altrettanto può dirsi quando l'obbligo giuridico di attivarsi sia espresso da una disposizione che pur conservando il requisito della giuridicità, manchi dei caratteri di precisione e analiticità sopra riportati; in tali casi, il deficit di tipicità della norma può

influenzare la descrizione della condotta che avrebbe dovuto essere realizzata.

In queste circostanze, peraltro assai frequenti, la descrizione della condotta alternativa lecita finisce per essere condizionata da *pre-giudizi* derivanti da congetture in ordine al comportamento immaginato come idoneo ad impedire il verificarsi dell'evento.

Occorre, dunque, attribuire corporeità all'enunciato desunto dalle regole giuridiche che fondano l'obbligo di impedire l'evento: operazione indispensabile affinché si prospetti una nuova serie di antecedenti, arricchita dall'*antecedente virtuale* rappresentato dalla condotta omessa. Rispetto a questa serie di antecedenti bisognerà valutare l'esito causale: se esso conducesse al medesimo evento verificatosi concretamente, si concluderebbe per l'esclusione della portata causale impeditiva della condotta doverosa omessa; d'altra parte, se l'evento non costituisse l'esito di questa nuova serie di antecedenti, ne conseguirebbe la rilevanza eziologica dell'omissione.

L'enunciato rappresentativo dell'*antecedente virtuale*, cioè della condotta che avrebbe dovuto in concreto essere tenuta, va poi collocato cronologicamente fra gli antecedenti che hanno cagionato l'evento *hic et nunc* verificatosi¹⁰⁹. Il requisito temporale appare dirimente se si considera che la rilevanza causale impeditiva viene a dipendere dal momento esatto nel quale l'azione dell'omittente avrebbe dovuto realizzarsi.

Si pensi al recente caso di avvelenamento da sostanza topicida che ha coinvolto cinque sanitari: qui la serie causale è costituita dall'ingestione di una sostanza tossica e dai contingenti effetti che essa ha prodotto. L'*antecedente virtuale*, rappresentativo della condotta doverosa omessa, consiste nel riconoscimento dei sintomi, nell'immediato ricovero in ambito ospedaliero per l'effettuazione dell'intervento terapeutico richiesto così da evitare l'aggravarsi dei sintomi e scongiurare al contempo un potenziale esito mortale. Ove il medico avesse a disposizione tutti gli elementi necessari per la corretta diagnosi, è conseguente affermare che egli sarebbe stato in grado di (e quindi avrebbe dovuto) porre in essere la condotta doverosa descritta.

L'efficacia impeditiva dell'intervento del medico, sul versante causale, viene dunque a dipendere dal momento in cui l'effetto di quella sostanza tossica sia ormai divenuto irreversibile, ovvero quando tale effetto sia ancora contrastabile mediante un appropriato intervento terapeutico.

109 R. BLAIOTTA, *La sentenza Franzese: ascendenze e proiezioni nel futuro* in *Sist. pen. (web)*, 14.06.2023, p.12.

L'omittente, con esclusivo riferimento alla riconoscibilità della situazione costitutiva del dovere di attivarsi, viene sostituito con l'*agente modello* che avrebbe dovuto cogliere gli estremi del dovere di agire per impedire l'evento. Esattamente in tale momento deve essere collocata, all'interno della serie degli antecedenti reali, la congettura concreta corrispondente all'antecedente virtuale rappresentato della condotta doverosa omessa¹¹⁰. L'individuazione della condotta doverosa si ricava dall'ancoraggio ai parametri della colpa e del dolo, i quali assumono una funzione tipicizzante¹¹¹. Infatti, con riferimento alla colpa, le regole di diligenza plasmano il comportamento esigibile al garante.

Il "*non fare tipico*" ai sensi di una fattispecie omissiva impropria colposa, «si radicherà nella mancata realizzazione di quelle misure di sicurezza, volte a prevenire eventi lesivi del bene affidato al garante, che risultano doverose sulla base della diligenza necessaria»¹¹².

L'obbligo di garanzia si traduce, quindi, non tanto nel diretto compimento di un'azione volta all'impedimento di un evento lesivo, quanto nella realizzazione di misure di sicurezza di tipo preventivo. Ciò confermerebbe quella intuizione che vorrebbe «la tipicità di una condotta in funzione della sua colpevolezza»¹¹³.

Si badi, però, che non esiste una precisa corrispondenza tra obbligo di diligenza e obbligo di garanzia; se così fosse, ogni reato colposo andrebbe qualificato come reato omissivo improprio come alcuni hanno isolatamente sostenuto¹¹⁴.

In realtà, vengono sovrapposti due piani che debbono rimanere ben distinti: da un lato può aversi la violazione del dovere di garanzia, che ha determinato l'inattività dell'agente e dunque un'omissione tipica ai sensi di una fattispecie impropria colposa, dall'altro la violazione di un dovere di diligenza obiettivamente esigibile al garante.

Ben potrebbe darsi una scissione di questi due momenti: accertata la situazione tipica omissiva, occorrerà verificare se il pericolo fosse riconoscibile dal garante secondo i parametri della colpa, indagine che potrebbe risolversi negativamente¹¹⁵.

110 F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pp. 195 ss.

111 G. GRASSO, *op. cit.*, p. 364.

112 G. GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 370.

113 M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella dottrina penalistica contemporanea*, Milano, 1952, p. 24.

114 W. NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fährlosigkeit*, Tübingen, 1951, p. 62.

115 H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1966, pp. 481 ss.

Nelle fattispecie dolose, il parametro si sgancia dall'*homo eiusdem conditionis et professionis*. L'agente, pur rappresentandosi tutti gli elementi della fattispecie, rimane semplicemente inerte impiega mezzi *inidonei* pur consapevole dell'esistenza di misure più efficaci ad impedire il verificarsi dell'evento.

L'impiego di misure meno idonee potrebbe indurre a ipotizzare un dolo eventuale, quale l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento lesivo. Ma in simili casi, essendo comunque in presenza di una soggettiva convinzione di aumentare le probabilità di salvezza del bene giuridico, «la volontà di evitare esclude l'accettazione di una volontà di cagionare»¹¹⁶, o nel nostro caso di non impedire.

Infine, un'ulteriore componente della condotta omissiva è l'insieme delle capacità psicofisiche necessarie per la realizzazione materiale del comportamento doveroso.

La capacità di agire nel senso voluto dalla norma riproduce un microcosmo della colpa, nella quale si rinviene in anch'essa una misura oggettiva ed una soggettiva¹¹⁷.

Il dominio finalistico dell'azione pretesa dall'ordinamento richiede la conoscenza o riconoscibilità della situazione tipica e del fine dell'azione doverosa, nonché dei mezzi necessari al raggiungimento del fine medesimo, e da ultimo, la possibilità obiettiva di agire¹¹⁸.

116 G. MARINUCCI, *Il reato come «azione». Critica di un dogma e prospettive di riforma*, Milano, 1971, p. 137.

117 M. MAIWALD, *Grundlagen-probleme der Unterlassungsdelikte in Juristische Schulung*, 1981, p. 477.

118 G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 77.

7. I profili soggettivi: il dolo omissivo

7.1 La struttura del dolo omissivo: tra concezione finalistica e possibilità di agire

Pur aderendo ad una concezione finalistica di welzeliana memoria è assai arduo trasferire la categoria del dolo nelle fattispecie considerate. La tesi più estrema fu quella della negazione del dolo omissivo, professata da autorevole dottrina¹¹⁹ e fondata sul rilievo per cui il mancato compimento di un'azione pretesa dall'ordinamento non possa essere ontologicamente sorretta da una volontà in quanto realizzazione.

La stampella a questo ragionamento viene offerta posteriormente da Grünwald, il quale osserva come la consapevolezza della possibilità di agire sia «un elemento per colmare ciò che avviene nel mondo esterno e l'uomo»¹²⁰.

In questo senso, risultano necessarie la consapevolezza della situazione tipica e la possibilità di agire a difesa del bene minacciato. Quest'ultimo segmento volitivo non potrebbe sostanzarsi nell'esatta rappresentazione di tutte le possibilità e degli strumenti a disposizione dell'agente, graverebbe, altrimenti, l'omittente di uno sforzo intellettuale eccessivo.

Sarà sufficiente, allora, una consapevolezza implicita o generica della possibilità di agire, anche se coscientemente latente nel soggetto omittente.

Che vi sia o meno disinteresse, o uno stato di insensibilità che abbia condotto il soggetto a rimanere inerte, è del tutto irrilevante per un diritto penale del fatto¹²¹.

7.2 L'elemento intellettuale: errore sulla situazione tipica vs errore sul precetto

Quanto detto non basta: occorre, inoltre, che l'elemento intellettuale del dolo abbracci anche la conoscenza dell'obbligo giuridico extrapenale di impedire l'evento tipico; a contrario, l'erronea conoscenza di un elemento normativo della fattispecie andrebbe ad

119 A. KAUFFMANN, *op. cit.*, pp. 73 ss.

120 G. GRÜNWARD, *Beteiligung durch Unterlassen* in *ZStW*, 1959, pp. 303 ss.

121 G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 125.

escludere il dolo ¹²². Se, ad esempio, la balia non sapesse dell'esistenza di un contratto a suo nome, potrebbe non rendersi conto di rivestire una posizione di garanzia che formalmente discende da quel contratto. Così opinando, il presupposto conoscitivo per assumere la posizione di garanzia, convertendosi in un errore sulla situazione tipica, dispiegherebbe efficacia scusante ex art. 47, c.3 c.p ¹²³.

Viceversa, la mancata conoscenza o l'erronea rappresentazione dell'obbligo di garanzia - distinto dall'obbligo extrapenale - non avrebbe alcun rilievo in forza dell'art. 5 c.p.

7.3 Profili psicologici e neuroscientifici: *Bias* di omissione ed euristiche

Esistono numerosi *bias* nel processo deliberativo che spesso conducono a favorire l'omissione, anche quando questa esponga l'omittente a rischi ben maggiori che se avesse agito ¹²⁴. Significativi sono, a tal proposito, quegli studi che mettono bene in evidenza come i soggetti analizzati, dinanzi al pericolo di morte che incombeva sui propri figli, preferirono non decidere - pur messi al corrente dei rischi - piuttosto che aderire all'inoculazione del vaccino ¹²⁵. Tali automatismi decisionali prendono il nome di «euristiche» e non sarebbero esclusivi soltanto di una certa categoria di individui: è dato riscontrarli anche in altri studi condotti su professionisti del settore medico-chirurgico, specie quando questi effettuino interventi in situazioni di complessità ¹²⁶.

Queste ricerche ci pongono davanti ad uno scottante interrogativo: se la mente predilige l'omissione all'azione, quanto è davvero esigibile la condotta alternativa lecita in situazioni di stress estremo?

Quando il soggetto agente non comprende agevolmente il contenuto dell'attività da intraprendere, si trova prudentemente nella condizione di non alterare la situazione di pericolo cui è posto davanti ¹²⁷.

122 F. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, p. 415.

123 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale Diritto Penale, Parte generale*, IX° ed., Bologna, 2024, p. 665.

124 R. DI SCHIENA - G. BELLELLI, *Bias di omissione: un contributo al dibattito attraverso la proposta di un test empirico* in *Psychofenia*, 2007, p. 147.

125 A. L. WROE - N. TURNER - P. M. SALKOVSKIS, *Understanding and predicting parental decisions about early childhood immunizations* in *Health Psychology*, 2004, pp. 33 ss.

126 J. L. NATES, *To Behave, or not to Behave: That is the question* in *Crit. Care Medicine*, 2006, pp. 908 ss.; R.A. HAYWARD - S. M. ASCH - M. M. HOGAN - T. P. HOFER - E. A. KERR, *Sins of omission: Getting too little medical care may be the greatest threat to patient safety* in *J. of Gen. Intern. Medicine*, 2005, pp. 686 ss.

127 D. GAL, *A psychological law of inertia and the illusion of loss aversion* in *Judgement and Decision*

Un simile immobilismo varrebbe, perlomeno, ad escludere il dolo intenzionale, il quale deve abbracciare anche «la volontà di non tenere l'ultima azione impeditiva (idonea e possibile) dell'evento materiale quale conseguenza di tale omissione»¹²⁸.

7.4 La colpa come limite del dolo: il valore indiziante dei segnali di allarme

Ci si potrebbe poi chiedere in che misura sia giustificata la massima «*non c'è dolo senza colpa*», concetto che viene maturato in seno ad autorevole dottrina¹²⁹.

Ebbene, questo collegamento si coglie attraverso il ragionamento per cui, se il garante ha deliberatamente omesso un'azione salvifica che l'agente modello avrebbe invece compiuto, si deve concludere nel senso dell'affermazione del dolo; se, invece, il garante ha omesso ciò che lo stesso agente modello avrebbe tralasciato di fare, allora non potrà esserci dolo.

Questo indirizzo dottrinale, per il quale la colpa rappresenta un «limite del dolo», asserisce la dipendenza della tipicità dell'omissione impropria dalla sua colpevolezza, per cui non si potrebbe parlare di un'omissione *tout court* che non sia ancora dolosa o colposa.

Viene però osservato, come il limite normativo al dolo - imposto dalla colpa.- non connota in alcun modo la condotta in termini di contrarietà al dovere: «la dimensione deontica non fonda l'omissione dolosa, ma crea un limite alla configurabilità del dolo di omissione»¹³⁰.

Quanto invece alla compatibilità col dolo eventuale, si parta dal pacifico assunto, tratto da autorevole dottrina, per cui l'evento offensivo non è accessorio a una finalità perseguita dal soggetto agente che abbia attivato il rischio di verificazione dell'evento stesso. In proposito si osserva: «quando il soggetto, senza intervenire, lascia decorrere verso un evento offensivo, da lui previsto come conseguenza accessoria della sua omissione, serie causali preesistenti, il puro fatto di accettare il rischio, sia pure con atteggiamento di disprezzo verso il bene concreto, non sembra, rispetto ai fini delle

Making, 2006, pp. 2 ss.

128 F. MANTOVANI - G. FLORA, *Diritto penale, Parte generale*, XII° ed., Padova, 2023, p. 344.

129 G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 26 ss.

130 D. BRUNELLI, *op. cit.*, p. 98.

norme penali, equivalente alla volontà dell'evento»¹³¹.

Eppure, la giurisprudenza in alcune sentenze si è spinta sino al punto di recuperare la componente volitiva dalla mera percezione del soggetto agente, dell'iniziale situazione di pericolo.

Detto diversamente, la volontà di non impedire l'evento veniva fatta discendere dalla mera conoscibilità di quei *segnali di allarme* o *red flags* di cui il garante avrebbe, invece, dovuto avvedersi¹³². Emblematica, a questo proposito, la sentenza del Tribunale di Bologna nel processo Parmalat, nella parte relativa al dolo degli amministratori non operativi, laddove viene evidenziato che la conoscenza di una serie di segnali di allarme configurava come minimo la violazione di un obbligo di diligenza, attribuendo in questo modo ai garanti indebitamente inerti un atteggiamento quantomeno colposo, sebbene per un concorso doloso fossero necessari ulteriori elementi.

7.5 Il dolo eventuale: dall'accettazione del rischio alla Formula di Frank

Per configurare il dolo eventuale si giunse in passato a teorizzare *l'accettazione del rischio*¹³³, che richiedeva che l'evento lesivo fosse, in definitiva, accettato dall'agente, non essendo sufficiente, la mera previsione dell'evento. Se il soggetto, però, confida nella non verificazione dell'evento, si versa in un ipotesi di colpa cosciente.

Se così è, il dolo eventuale sarebbe connotato da un *«quid pluris voluntaristico»* difficilmente conciliabile con una modalità di realizzazione dell'evento in forma omissiva¹³⁴. L'ortodossia del filone giurisprudenziale che predicava tale teoria veniva ad affiancarsi ad un altro indirizzo minoritario: *la prevedibilità in concreto dell'evento*.

In base a ciò si avrà dolo eventuale quando il soggetto si rappresenti come concretamente possibile l'evento, quale conseguenza della sua omissione; ove se lo si rappresenti solo astrattamente, si avrà colpa cosciente¹³⁵.

Tali criteri vengono derubricati da certa dottrina come «una mera clausola di stile» che

131 A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII° ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 325.

132 Cass. pen., sez. V, 5.05.2007, n. 23838 in *Cass. pen.*, 2008, pp. 109 ss.

133 Cass. pen., sez. V, 17.10.1986, n. 13274 in *Dejure it. (web)*.

134 A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza?* in *Cass. pen.*, 1991, 2, pp. 322-323.

135 Cass. pen., sez. I, 28.1.1991, n. 5527 in *Dejure it. (web)*; Cass. pen., Sez. IV, 24.6.2009, n. 28231 in *CED Cass. pen.*, 2009.

entrerebbero in crisi non appena essi vengano in contatto con contesti di base leciti¹³⁶.

Determinanti furono altri due orientamenti giurisprudenziali che è bene rammentare succintamente. Il primo consiste in un giudizio ipotetico volto a stabilire quale sarebbe stato il comportamento dell'agente se avesse previsto l'evento come certo: se non si fosse altrimenti determinato si avrà dolo eventuale; nei restanti casi, il grado più severo della colpa. È questa la c.d. «*prima formula di Frank*»¹³⁷.

Il secondo orientamento giurisprudenziale consistette nel *criterio del bilanciamento*, il quale valorizza il momento volitivo soppesando in termini di costi-benefici le spinte emozionali che conducono il soggetto ad agire ovvero a restare inerte, lasciando che l'evento si produca.

7.6 La ridefinizione dei confini tra dolo eventuale e colpa cosciente:

il caso Thyssenkrupp

Dipinto, nei suoi colori primari, lo stato dell'arte della giurisprudenza in materia, si tenga conto dello sviluppo di tali principi in una importante pronuncia.

Si tratta del caso Thyssenkrupp, giunto all'attenzione dei giudici di legittimità, i quali stabilirono che la concausa dell'incendio fosse da ravvisarsi nella politica di risparmio sulla sicurezza dello stabilimento torinese, destinato ad imminente chiusura, nel quale l'amministratore delegato - in veste di garante - aveva omesso di attuare una sequela di condotte doverose, quali: la formazione dei lavoratori, la redazione del documento sulla corretta valutazione dei rischi, la predisposizione di attrezzature idonee a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi.

Tali condotte avrebbero, con una probabilità confinante con la certezza, impedito l'evento consistito nella morte di sette lavoratori.

La prima sentenza della Corte d'Assise di Torino affermò la sussistenza dell'elemento rappresentativo in capo a tutti gli imputati per aver agito nonostante la previsione dell'evento. In particolare, si assiste ad uno sviluppo e completamento di quel principio di bilanciamento, laddove i motivi dell'azione assurgono ad apparato indiziario volto alla verifica del dolo. Vengono, cioè, valorizzati quegli elementi della condotta come

¹³⁶ G. P. DEMURO, *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, 2020, pp. 258-259.

¹³⁷ M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank* in *Il Foro it.*, 2014, II, pp. 2558 ss.

indicatori dai quali inferire, in via indiziaria, la sussistenza del dolo.

La Corte d'Assise differenziò la posizione dell'amministratore delegato da quella degli altri imputati per avere loro ragionevolmente confidato nella non verificazione dell'evento, basata sulla previsione del possibile intervento di fattori impeditivi dello stesso, magari proprio di un loro superiore gerarchico. La posizione apicale rivestita dall'a.d. era tale da non poter invece confidare in «alcun fattore, alcun elemento [...] in forza del quale egli potesse “ragionevolmente” sperare che non sarebbe capitato nulla»¹³⁸. Di qui la decisione di optare, nel primo caso, per la colpa cosciente e, nel secondo, per il dolo eventuale. Così considerato, nella sua decisione di disinvestimento in materia di sicurezza, l'a.d. avrebbe deciso di sacrificare il bene dell'incolumità dei lavoratori accettando il rischio di verificazione del danno, quale prezzo da pagare per il raggiungimento di un certo risultato economico. Ebbene, la speranza riposta dagli altri imputati - che rivestivano una posizione di garanzia delegata - non poteva ragionevolmente basarsi sull'eventualità di un cambio di scelta da parte dell'a.d.

Così, i giudici di appello, fecero emergere come le posizioni andassero sostanzialmente parificate e che non vi fosse una rappresentazione in modo certo dell'evento poiché «l'evento previsto raffigurato come un prezzo da pagare per il raggiungimento dell'obiettivo» contrasta rispetto a una vicenda in cui «la verificazione dell'evento diventa la negazione dell'obiettivo perseguito»¹³⁹.

Pertanto, si sarebbe potuto ragionevolmente affermare che, se l'a.d. si fosse rappresentato come certo il verificarsi dell'incendio, si sarebbe astenuto dall'agire. Infatti, accettando il verificarsi dell'evento, se l'obiettivo della sua inazione fosse stato quella di accantonare somme quantificate in 800.000 euro, il danno sarebbe stato di dimensioni tali da vanificare del tutto un simile obiettivo.

La Corte di Cassazione, in parziale riforma della decisione dei giudici di appello, tentò di lumeggiare gli oscuri confini tra dolo eventuale e colpa cosciente affermando che, qualora l'agente, dopo aver soppesato rischi e benefici, si sia consapevolmente determinato comunque ad agire, accettando la causazione dell'offesa, egli avrebbe espresso una scelta razionale assimilabile alla volontà.

¹³⁸ Corte Ass. Torino, 11.4.2011 in *Dir. pen. cont.*, 18.11.2011.

¹³⁹ Corte Ass. App. Torino, 28.2.2013 in *Dir. pen. cont.*, 3.6.2013.

L'affermazione del dolo eventuale in luogo della colpa cosciente verrebbe, poi, estratta per via interpretativa da una serie di indici rilevatori quali: la tipologia della condotta illecita, la lontananza dalla condotta standard, le precedenti esperienze dell'agente, la sua personalità e la conoscenza del contesto in cui sono maturati i fatti, la ripetizione della condotta e il comportamento ad essa successivo¹⁴⁰.

Inoltre, tanto più si abbia percezione della probabilità di verifica dell'evento, e quanto più ci si allontana dalla colpa cosciente per avvicinarsi al dolo eventuale.

Risultano interessanti, infine, nel denso articolato motivazionale della sentenza, questi passaggi che possono efficacemente riassumere quanto detto: «Si vuol dire che le due figure, il dolo eventuale e colpa cosciente, appartengono a due distinti universi e da tale radicale diversità delle categorie al cui interno si collocano traggono gli elementi che le caratterizzano e le distinguono. Tanto per chiarire subito ciò che si intende dire e sottrarre la disamina ai fumi dell'astrattezza: la struttura della previsione è diversa; diverso è l'evento; diverso è lo scenario dell'agire umano; diverso infine è l'animus.[...].

In breve, la previsione dell'evento può essere ben diversa nel dolo eventuale e nella colpa cosciente; e ciò costituisce il riflesso della diversità di fondo tra colpevolezza dolosa e colpevolezza colposa. Nel dolo si è in presenza dell'agire umano ordinato, organizzato, finalistico. Un processo intellettuale che, lungamente elaborato o subitaneamente sviluppatosi e concluso, sfocia pur sempre in una consapevole decisione che determina la condotta antigiuridica.[...] Il dolo, come si è già accennato, esprime la più intensa adesione interiore al fatto, costituisce la forma fondamentale, generale ed originaria di colpevolezza; la più diretta contrapposizione all'imperativo della legge. Tale atteggiamento di contrapposizione alla legge giustifica, conviene rammentarlo, un trattamento sanzionatorio ben più severo di quello riservato ai comportamenti meramente colposi. [...] Dal punto di vista soggettivo per la configurabilità del rimprovero è sufficiente che tale connessione tra la violazione delle prescrizioni recate

140 A. AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp* in *Dir. pen. cont.*, 6.11.2014, il quale dissente circa l'idoneità di quest'ultimo parametro rilevatore del dolo eventuale, affermando: «In relazione a tale indicatore, già la giurisprudenza meno recente avvertiva «la necessità di cautela nell'uso», in quanto, ad esempio, «l'immediata e spontanea opera di soccorso della vittima da parte dell'agente non è di per sé incompatibile» nemmeno col dolo intenzionale. Ma vale anche l'opposto: «l'esperienza insegna che condotte quali la fuga dal luogo del delitto, la cancellazione delle tracce, la ricerca di falsi alibi» e via dicendo, «possono essere riconducibili anche al panico di una morte provocata accidentalmente o colposamente».

delle norme cautelari e l'evento sia percepibile, riconoscibile dal soggetto chiamato a governare la situazione rischiosa. Nella colpa cosciente si verifica una situazione più definita: la verifica dell'illecito da prospettiva teorica diviene evenienza concretamente presente nella mente dell'agente; e mostra per così dire in azione l'istanza cautelare. L'agente ha concretamente presente la connessione causale rischiosa; il nesso tra cautela ed evento. L'evento diviene oggetto di una considerazione che disvela tale istanza cautelare, ne fa acquisire consapevolezza soggettiva. Di qui il più grave rimprovero nei confronti di chi, pur consapevole della concreta temperie rischiosa in atto, si astenga dalle condotte doverose volte a presidiare quel rischio.

In questa mancanza, in questa trascuratezza, è il nucleo della colpevolezza colposa contrassegnata dalla previsione dell'evento: si è, consapevolmente, entro una situazione rischiosa e per trascuratezza, imperizia, insipienza, irragionevolezza o altra biasimevole ragione ci si astiene dall'agire doverosamente. Tale situazione è tutt'affatto diversa da quella prima delineata a proposito della puntuale conoscenza del fatto quale fondamento del rimprovero doloso, basato, lo si rammenta ancora, sulla positiva adesione all'evento collaterale che, ancor prima che accettato, è chiaramente rappresentato.

D'altra parte tale connotazione della consapevolezza colposa allontana ulteriormente l'idea irrealistica costituita dal processo di previsione e controprevisione o previsione negativa. Non è per nulla escluso che tale situazione possa in qualche caso verificarsi, ma essa non è un tratto fondante, immancabile, della previsione dell'evento che caratterizza l'aggravante»¹⁴¹.

7.7 Il dolo eventuale e la colpa cosciente nel caso Vannini

Altra decisione degna di nota è quella relativa al caso Vannini, nel quale un ufficiale di marina, all'interno della propria abitazione, punta per scherzo la pistola di ordinanza in direzione del fidanzato della figlia e, ritenendo per errore che l'arma fosse scarica, preme il grilletto.

Una volta avvenuto il ferimento, temendo per le ripercussioni, l'ufficiale e i familiari allertano tardivamente i soccorsi. La vittima, trasportata d'urgenza, morì a poche ore di

141 Cass., Sez. Un., 24.4.2014, n. 38343 in *Dir. pen. cont.*, 19.9.2014, p. 163.

distanza a causa di un'anemia acuta emorragica.

La corte ritenne pacifico che una tempestiva chiamata ai soccorsi ed una puntuale spiegazione delle cause del ferimento avrebbe verosimilmente attivato per la vittima reali *chances* di salvezza.

Rimandando al capitolo IV le considerazioni in merito al modo con cui la Corte è giunta ad individuare la posizione di garanzia in capo al padre della ragazza, basterà in questa sede analizzare l'affermazione di responsabilità a titolo di dolo eventuale riferita a una condotta omissiva di mancata o non tempestiva attivazione del soccorso da parte del garante.

Facendo esplicito richiamo di alcuni degli undici parametri rilevatori della presenza del dolo eventuale cui si è accennato, la Suprema Corte ritenne che la reiterata condotta omissiva avesse provocato un abnorme ritardo nelle operazioni di soccorso, deponendo nel senso di una effettiva ponderazione dei possibili risultati cui poteva condurre l'azione compiuta.

Un ulteriore parametro indicatore fu poi quello della condotta susseguente all'evento, ovvero l'aver concordato una versione menzognera dei fatti, che contrasterebbe con l'ipotesi per cui l'evento non fosse stato previsto e accettato.

La ferita era di proporzioni tali da suggerire la probabilità di verificazione dell'evento morte, poi di fatto verificatosi. La Corte afferma che: «Si consideri poi che dall'esame degli altri indici, costituiti dalla "personalità e dalle pregresse esperienze dell'imputato", dalla "durata e dalla ripetizione dell'azione", dalla "probabilità di verificazione dell'evento", emerge, al di là di ogni ragionevole dubbio, la sussistenza del dolo eventuale". L'indice della storia e delle pregresse esperienze professionali conduce pur esso alla sussistenza del dolo eventuale, perché l'imputato non poteva in alcun modo confidare su proprie esperienze o capacità professionali per dominare il rischio creato dalla sua stessa condotta e per escludere che l'evento infausto, pur oggetto di sua rappresentazione in termini di probabilità, potesse non verificarsi»¹⁴².

Ove si escludesse la posizione di garanzia ricoperta dall'imputato, il dolo eventuale potrebbe al più rilevare rispetto alla fattispecie di omissione di soccorso aggravata dall'evento morte di cui all'art. 593 c.p. che, in base ai principi generali, può essere

142 Cass. pen., sez. I, 6.03.2020, n. 9049 in *Sist. pen. (web)*.

indifferentemente voluta o non voluta in forza dell'art. 59 c. 2, c.p.¹⁴³.

Ma i giudici di legittimità rilevarono come nella fattispecie in esame si assista a «un obbligo di intervento qualitativamente diverso dal mero obbligo di soccorso ed espressivo di una posizione di garanzia».

Ciò ricondurrebbe l'ipotesi in esame più alla struttura dell'art. 589 c.p. che non all'art. 593 c.p. Invero, pur aderendo alla medesima ipotesi ricostruttiva sul come i fatti si fossero svolti, la Corte d'assise d'Appello, riformando la decisione assunta dai giudici di prime cure, stabilì che i fatti ascritti ad Antonio Ciontoli integrassero il reato di omicidio colposo con l'aggravante di aver previsto l'evento, in luogo della prima condanna per omicidio con dolo eventuale, inflitta dalla Corte d'Assise¹⁴⁴.

Tale decisione si fondava sul rilievo per cui, se l'imputato avesse avuto certezza della verifica dell'evento, si sarebbe trattenuto dal compiere la condotta illecita.

Perciò, in aderenza alla prima formula di Frank venne escluso il dolo eventuale.

Tuttavia, la finalità di scongiurare ripercussioni lavorative, non esclude, a giudizio della Corte di Cassazione, che l'agente avesse accettato che si verificasse l'evento.

Infatti afferma la Corte:«anche nell'ipotesi in cui la verifica dell'evento collaterale rappresenti il fallimento del piano non può escludersi che l'agente abbia operato una consapevole opzione accettando la verifica dell'evento. Può infatti accadere che nell'agente prevalga la speranza, il desiderio di realizzare un certo risultato anche di fronte all'eventualità che proprio quella condotta renda definitivamente non realizzabile il risultato perseguito».

Ad abundantiam, si potrebbe aggiungere che anche rispetto alla reticenza dei familiari di rispondere alle domande poste dei soccorritori veniva ricavato un atteggiamento doloso rispetto a un atteggiamento negligente colposo.

Secondo attenta dottrina¹⁴⁵, la morte di Marco Vannini sarebbe imputabile a due concause da analizzare autonomamente sotto il profilo soggettivo: lo sparo non volontario e l'omissione di soccorso integrante gli estremi del 593 c.p.

143 M. SPINA, *Il "caso Vannini", Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia* in *Arch. pen. (web)*, fasc. 3, 16.10.2020, p. 3-4.

144 Corte d'Assise d'Appello, Roma, Sez. I, 1. 03 2019, n. 3 in *Giur. pen. (Web)*.

145 B. FRAGASSO, *La cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio mediante omissione e omissione di soccorso aggravata dall'evento morte in un noto caso di cronaca* in *Sist. pen.*, 4/2020, p. 260.

Che le due fattispecie possano porsi in concorso è testimoniato dal previgente codice della strada che all'art. 133 c. 3 c.p., stabiliva infatti: «qualora l'investimento derivi da colpa si applicano le norme sul concorso di reati».

Sebbene la clausola non sia stata riprodotta nell'art. 189 del nuovo codice della strada, è comunque pacifico l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale è configurabile il concorso di reati tra omicidio o lesioni colpose e omissione di soccorso¹⁴⁶.

La condotta omissiva non rappresenta un logico sviluppo, bensì, un segmento autonomo ed ulteriore che accede al primo. Così, oltre alla condotta dell'ufficiale per omicidio colposo, si somma l'ulteriore imputazione dell'omissione di soccorso che condurrebbe complessivamente a un trattamento sanzionatorio più mite.

Ma ciò si avrebbe, solo in quanto si escluda la posizione di garanzia in capo all'ufficiale che, quindi, pare intimamente connessa con un'imputazione a titolo di dolo eventuale per omicidio.

Il dolo «subsequens» si configura, così solo in relazione all'omissione di soccorso, rispetto alla quale appare eccessivo addossare l'aggravante del comma terzo di cui al 593 c.p. perchè già la precedente imputazione è di tipo omicidiaria.

Se così fosse, infatti, si avrebbe una duplicazione dell'evento morte posto sempre a carico dell'imputato, in spregio al principio del *ne bis in idem sostanziale*¹⁴⁷.

Infine, la decisione cui è giunta la Cassazione sarebbe motivata dall'incapacità della fattispecie di omissione di soccorso di rispondere ad esigenze di giustizia sostanziale, tale per cui l'applicazione dell'art. 40 cpv. costituirebbe un'analogia *in malam partem*, in violazione dell'art. 25 c. 2 Cost¹⁴⁸.

Nel caso “Vannini bis”, la Cassazione mostra riproporre stilemi argomentativi della teoria dell'accettazione del rischio in quanto, la consapevolezza per l'imputato di un proiettile conficcato all'interno del corpo della vittima, anche in assenza di conoscenze mediche, avrebbe dovuto suscitare la rappresentazione chiara dell'evento lesivo.

Si privilegia dunque l'elemento rappresentativo e si afferma: «il dolo eventuale, pur configurandosi normalmente in relazione all'elemento volitivo, può attenere anche

146 Cass. pen., sez. IV, 09.11.2017, n. 52539 in *CED Cass. pen.*, 2017; Cass. pen., sez. IV, 15.03.2019, n. 25842 in *CED Cass. pen.*; Cass. pen., sez. IV, 07.02.2008, n. 8626 in *CED Cass. pen.*, 2008.

147 In questo senso: Cass., Sez. V, 19.02.2014, n. 3207 in *CED Cass. pen.* 2014.

148 B. FRAGASSO, *op. cit.*, p. 263.

all'elemento intellettuale, quando l'agente consapevolmente rifiuta di accertare la sussistenza degli elementi in presenza dei quali il suo comportamento può comportare conseguenze dannose e, ciò nonostante, presta ad esse adesione»¹⁴⁹.

8 Profili soggettivi: La colpa omissiva

8.1 La colpa omissiva: dovere di garanzia, diligenza e regola prudenziale

Per quanto concerne l'elemento soggettivo della colpa, traendo spunto dalla recente giurisprudenza, si può riaffermare una sostanziale distinzione tra il dovere di garanzia ed il dovere di diligenza, cui già si accennava in relazione al comportamento alternativo lecito.

È bene ribadire che la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, al verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante; il principio di colpevolezza impone, infatti, la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione - da parte del garante - di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (c.d. concretizzazione del rischio)¹⁵⁰.

La posizione di garanzia indica il dovere di agire, mentre il dovere di diligenza suggerisce soltanto le modalità di condotta imposte dalla prima¹⁵¹.

Tale distinzione non è unanimemente accolta, infatti, taluni vanno nella direzione di una sovrapposizione di questi concetti¹⁵², tal'altri, invece, ritengono che questi termini vadano tenuti distinti, osservando che la sovrapposizione sia soltanto parziale laddove il

149 Cass. pen., sez. V, 19.07.2021 n. 27905 in *CED Cass. pen.*, 2021.

150 Cass. pen., sez. IV, 3.06.2021, n. 21544 in *CED Cass. pen.*, 2021, *Rv.* 281334-01, che nel caso del crollo di un immobile a seguito di una perdita di gas, la Corte ha annullato la condanna degli imputati per il solo fatto di avere violato la norma amministrativa che subordina l'esercizio delle attività di manutenzione straordinaria degli impianti di metano alla presentazione della denuncia di inizio attività contenente la dichiarazione del possesso dei necessari requisiti tecnico professionali, omettendo di accertare se la società fosse, già all'epoca del fatto, comunque in possesso dei requisiti tecnici imposti dalla normativa di settore.

151 P. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione dei garanti in attività inosservanti* in *Ind. pen.*, 2000, pp. 631 ss.

152 F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1281 ss., per il quale «il garante è tenuto a fare, per l'impedimento dell'evento, niente di più né niente di meno di quanto, nell'ambito astratto della sua posizione di garanzia e nella situazione concreta gli prescrivono le regole di diligenza, prudenza e perizia»

garante debba approntare misure di sicurezza preventive per adempiere ai propri obblighi, piuttosto che attuare un vero e proprio intervento impeditivo che anticipi la lesione¹⁵³. I giudici di legittimità hanno proceduto a suddividere questi due momenti normativi che connotano l'omissione impropria colposa, stabilendo non fosse possibile accertare un'omissione penalmente rilevante prima di aver compiutamente definito l'esistenza e l'ampiezza della posizione di garanzia.

Ciò in quanto «il dovere di impedimento non si oppone ad ogni possibile offesa ad un determinato bene ma solo a quelle scaturenti dalla fonte di pericolo governata dal garante o alle offese ad ogni bene giuridico del soggetto “protetto”»¹⁵⁴.

Se dovessimo riconoscere in capo al sindaco una posizione di garanzia a protezione dei beni giuridici primari di ciascuno dei membri della collettività, si farebbe presto a escludere l'esigibilità di una condotta derivante dall'assunzione aprioristica di tale posizione.

Cionondimeno, ogni qualvolta il territorio comunale destinato al transito e alla sosta di veicoli e pedoni presenti una qualche insidia o trabocchetto - inevitabile con l'uso della normale diligenza da parte degli utenti e costituente fonte di pericolo per l'incolumità di chi vi faccia affidamento - scatta nei confronti del sindaco l'obbligo di porre rimedio alla situazione di pericolo anche attraverso l'utilizzo di poteri ordinatori in via contingibile ed urgente.

Tale obbligo nasce da una fonte legislativa che impone all'Ente proprietario la manutenzione delle strade. Mentre in questo caso la posizione di garanzia ed il dovere di diligenza tendono a combaciare, in presenza di calamità naturali il sindaco mantiene il ruolo di garante dell'incolumità delle persone ma, essendo sprovvisto di un potere di intervento diretto, residua in capo a lui soltanto un potere meramente informativo¹⁵⁵.

Contrariamente a ciò, viene evidenziato in dottrina che, poiché il sindaco è sprovvisto di poteri risolutivi, i quali sono, invece affidati al Prefetto, è in capo a quest'ultimo che sorge la posizione di garanzia data la natura delle circostanze eccezionali, ed il primo goda soltanto di un potere pre-impeditivo dell'evento¹⁵⁶.

153 G. GRASSO, *op. cit.*, p. 370 ss.

154 Cass. pen., sez. IV, 24.03.2016, n. 12478 in *CED Cass pen.*, 2017, Rv. 26781-01.

155 Cass. pen., sez. IV, 22.05.2019, n. 22214 in *CED Cass. pen.*, 2020, Rv. 276685-01.

156 C. IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all'evento offensivo in disCrimen*, pp. 18-19.

Ad infittire il quadro e attribuire un «surplus di normatività»¹⁵⁷, interviene un terzo momento normativo che accede all'omissione impropria colposa: la regola prudenziale. Essa rappresenta il contenuto indefettibile del dovere di diligenza, ponendosi in subordinazione rispetto alla posizione di garanzia. Pertanto, la regola prudenziale presuppone l'esistenza del dovere di diligenza se non altro perchè ne rappresenta il contenuto, e il dovere di diligenza presuppone a sua volta il dovere di agire.

Mentre il dovere di agire potrebbe sovrapporsi al dovere di diligenza - si pensi al mancato intervento del bagnino che non ode le urla del bagnante e pertanto non si attiva - in altri casi il dovere di diligenza mantiene integra la sua autonomia strutturale; si pensi, per contro, al bagnino che lancia il salvagente troppo lontano rispetto al bagnante, rendendo la sua azione inidonea ad impedirne l'annegamento.

Del resto, in quest'ultimo esempio è chiaro che la violazione della diligenza obiettiva non esaurisca l'indagine sui profili puramente soggettivi dell'illecito omissivo colposo, dovendosi tener conto del bagaglio conoscitivo cui il garante è in possesso «onde accertare se questi fosse realmente in grado di conformarsi alle pretese comportamentali risultanti dalla regole obiettive di diligenza»¹⁵⁸.

Questa umanizzazione della colpa tende ad avvicinare la doverosità dell'azione pretesa dall'ordinamento con la sua esigibilità.

8.2 La doverosità dell'azione: tra potere di intervento e segnali di allarme

Una volta pervenuti a individuare l'azione mancante, l'armamentario che l'interprete ha a disposizione per valutare la doverosità di quell'azione è estremamente vasto.

Esso si compone di regole scritte, consuetudinarie o convenzionalmente accettate e persino di doveri nascenti per la prima volta, dettati dalla prevedibilità ed evitabilità dell'evento.

Questo fitto complesso di norme descrive come l'agente avrebbe dovuto comportarsi anche in presenza di quei segnali di allarme cui si è soliti riferirsi col termine di *Anlass*.

L'azione mancante che costituisce la tipicità dell'omissione partecipa a quell'interpretazione che si limita a stabilire se essa fosse doverosa o meno, a

¹⁵⁷ F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 99.

¹⁵⁸ G. GRASSO, *op. cit.*, p. 373.

prescindere dalla gamma di comportamenti che si sarebbero potuti tenere per scongiurare la verifica dell'evento¹⁵⁹.

Ad esempio, in merito al caso dell'alluvione di Genova del 2011, i giudici, una volta pervenuti all'individuazione del comportamento mancante, causale rispetto all'alluvione del Rio Ferreggiano, constatarono che l'interruzione del traffico e l'avviso alla popolazione civile avrebbero deviato favorevolmente il corso degli eventi, non rilevando l'omissione di comportamenti, quali la chiusura delle scuole o la totale interdizione della circolazione in tratti stradali non interessati dall'alluvione¹⁶⁰.

Si osservi che l'indagine sulla doverosità dell'azione pretesa dall'ordinamento, condotta alla luce dei rilievi sinora svolti, con riferimento alla colpa generica ed alla colpa specifica deve fare i conti con il potere che residua in capo al soggetto obbligato.

Infatti, intanto si può dire esistere un dovere giuridico di agire nel senso preteso dall'ordinamento, in quanto vi sia un corrispondente potere in capo al soggetto obbligato; ma non è vero il contrario, il potere di intervento non impone automaticamente la presenza di un dovere di agire in tal senso¹⁶¹.

Il tema verrà compiutamente sviluppato più avanti, ritenendo più pertinente in questa sede esporre un ultimo profilo: quello della prevedibilità o conoscibilità della situazione tipica, quale presupposto per porre in essere l'azione salvifica.

8.3 La prevedibilità della situazione tipica e i limiti del principio di affidamento

La tematica è strettamente legata alla presenza di “campanelli d'allarme” che rendano conoscibile la situazione di pericolo.

Nell'ambito della colpa datoriale, la Corte di Cassazione ha recentemente riconosciuto l'abnormità della condotta del lavoratore deceduto in conseguenza dell'utilizzazione di un macchinario pericoloso, diverso da quello fornito in dotazione e non presente in azienda, ma autonomamente acquisito dal lavoratore all'insaputa del datore di lavoro

159 O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, pp. 231 ss.

160 Cass. pen., sez. IV, 22.05.2019, n. 22214 in *CED Cass. pen.*, 2020, Rv. 276685.

161 C. PAONESSA, *L'obbligo di impedire l'evento nel diritto penale*, Pisa, 2010, p. 64.

che pure lo aveva in precedenza dotato del macchinario adatto ¹⁶².

L'individuazione dell'*Anlass* non può prescindere dalla conoscibilità della specifica situazione concreta; pertanto, non si potrebbe muovere un addebito colposo in capo al datore di lavoro il quale non abbia percepito il rischio di folgorazione di un suo dipendente che abbia tenuto una condotta imprudente sul luogo di lavoro ed esorbitante dalla sfera di percezione del garante, laddove quest'ultimo abbia assolto a quegli obblighi informativi che la legge impone lui.

In settori complessi come quello medico, la mancata percezione-conoscenza da parte del sanitario della reale condizione del paziente con incidenza fattuale sul potere di agire spesso non comporta l'esclusione della doverosità dell'azione salvifica mancante.

Il *principio di affidamento* è tendenzialmente inteso quale limite alla colpa, ma non negli stessi termini in cui l'errore sul fatto lo è per il dolo.

Tale principio non è sempre invocabile per il titolare di una posizione di garanzia, dovendosi contemperare con il concorrente principio della salvaguardia degli interessi del soggetto nei cui confronti operi la posizione di garanzia ¹⁶³.

Esso non potrà mai essere invocato al fine di esimersi da responsabilità penale quando colui che lo invoca sia già in colpa per aver violato regole precauzionali di condotta anche in forma omissiva ¹⁶⁴. Detto in altri termini, il garante non potrà confidare nell'intervento salvifico da parte di colui che gli succede nella posizione di garanzia ponendo rimedio all'omissione. Se l'evento dovesse, poi, ugualmente prodursi vuoi per l'inidoneità dell'azione compiuta dal secondo garante succedutosi ad impedire l'evento, ovvero per un'inerzia colpevole al pari della prima, avremmo due antecedenti causali, in quanto il secondo antecedente non potrà considerarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l'evento in forza dell'art. 41, c.2 c.p.

162 Cass. pen., sez. IV, 15.09.2021, n. 33976 in *CED Cass. pen.*, Rv. 281748.

163 Cass. pen., sez. IV, 24.01.2012, n. 14413 in *CED Cass. pen.*, Rv. 253300.

164 Cass. pen., sez. IV, 30.08.2013, n. 35827 in *Giur. pen. (web)*.

9. L'obbligo giuridico di impedire l'evento.

L'elemento maggiormente caratterizzante il reato omissivo improprio è rappresentato dall'obbligo giuridico di impedire l'evento, quale elemento costitutivo dell'illecito in parola. Invero, la dottrina si è arrovellata nello sforzo di ricomprendere tale elemento ora nell'«antigiuridicità obiettiva» dell'illecito commissivo¹⁶⁵, ora invece quale elemento «aggiuntivo» della tipicità¹⁶⁶. In realtà, considerata l'intima relazione tra la nuova fattispecie incriminatrice omissiva impropria e l'obbligo giuridico di attivarsi, parrebbe che quest'ultimo si differenzi dall'obbligo giuridico di impedire l'evento in quanto autonomo rispetto alla fattispecie incriminatrice e, come tale, desumibile da qualsiasi ramo dell'ordinamento¹⁶⁷.

Per chiarire, si acceda a un esempio proposto nella manualistica tradizionale: se un guardiano fosse obbligato per contratto a chiudere le finestre del piano superiore di un grattacielo al solo fine di preservare l'impianto di climatizzazione e, contravvenendo a tale obbligo, lasciasse aperta un'anta della finestra, dalla quale un curioso, affacciandosi, precipitasse nel vuoto, non si avrebbe un omicidio mediante omissione, e ciò in quanto lo scopo dell'obbligo violato non è ravvisabile nell'impedire eventi come quello verificatosi.

Così premesso, la dottrina più avveduta nega un'automatica coincidenza tra obblighi di impedimento rilevanti ai sensi della fattispecie commissiva base e obblighi di attivarsi discendenti da qualsivoglia ramo dell'ordinamento¹⁶⁸.

Il principio di sostanziale autonomia del diritto penale, consente, in una prospettiva «sostanziale», di affrancarsi da obblighi di agire che rispondono a necessità di tutela eterogenee¹⁶⁹. Ciò è particolarmente vero rispetto a quelle tipologie di illeciti in cui emerge come «l'ordinamento non sia attrezzato per adeguarsi alle vicende dei rapporti extrapenalici, quali presupposti delle norme incriminatrici»¹⁷⁰.

165M. SPASARI, *L'omissione nel reato*, Milano, 1966, pp. 181 ss.

166A. DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950, pp. 121. ss.

167G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 82.

168W. SHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwehrungen und Strafgesetz*, Berlin, 1974, pp. 329 ss.

169F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale* in *Scritti di diritto penale*, 1955, pp. 3 ss.

170 C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali* in *Riv. Soc.*, 1962, p. 276.

Si pensi al riflesso che l'annullabilità degli atti negoziali potrebbe produrre con efficacia *ex tunc*, rispetto alla qualifica di amministratore o di sindaco di una società, ovvero, ancora, alla qualità di datore di lavoro “di fatto”¹⁷¹ che non goda di un atto di formale investitura.

Accreditare questa tesi finirebbe per condizionare la responsabilità penale alla stabilità del giudicato civile o amministrativo che confermi la posizione assunta dal soggetto agente.

Se è pur vero che occorre distinguere le diverse tipologie di doveri, l'obbligo extrapenale assolve, però, ad una importante funzione «indiziante»¹⁷² rispetto alla presenza di una posizione di garanzia che assume rilievo penale.

L'architettura della responsabilità omissiva impropria può allora essere immaginata come un sistema di geometrie normative in collisione, il cui centro di gravità è rappresentato dall'obbligo di impedire l'evento.

Ciò che collide e che al tempo stesso si interseca è l'obbligo metagiuridico extrapenale, il quale esprime un raggio di influenza verso i consociati.

Accogliendo la tesi della giuridicità formale dell'obbligo di impedire l'evento, in posizione di vantaggio verrebbe a trovarsi chi commetta un reato mediante un'azione commissiva negligente rispetto a colui che commetta un'omissione suscettibile di rientrare nel perimetro normativo dell'art. 40, cpv. c.p.

Nel fare ciò, si assevera quell'indirizzo che pone enfasi sull'aspetto contenutistico della regola cautelare di condotta violata, che ha una finalità preventiva.

Infatti, si ravvisa come sarebbe maggiormente difficoltoso fornire, per il committente, la prova in sede giudiziale dell'obbligo giuridico di conformarsi ad una certa condotta violata, rispetto all'omittente¹⁷³.

La giuridicità formale, in relazione all'obbligo giuridico di attivarsi, potrebbe essere riferita a quelle condotte vincolanti per il legislatore, e che offrono un diretto ancoraggio con l'art. 43, c.3. c.p.

Se così fosse, l'individuazione del soggetto garante, destinatario in ultimo della sanzione

171 G. BATTAGLINI, *Diritto penale del lavoro* in *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1960, p. 269.

172 H. J. RUDOLPH, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, p. 30.

173 F. SGUBBI, *Responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, p. 132.

penale, verrebbe a dipendere dall'inosservanza di norme preventive che imponevano lui di attivarsi affinché venisse scongiurato il verificarsi di un evento dannoso o pericoloso rilevante ai fini della fattispecie commissiva base¹⁷⁴. Senonché, un simile assunto non tiene conto dalla differenza che intercorre tra le due tipologie di reato; l'illecito colposo è infatti connotato da una forma di colpevolezza. Infatti, la disparità di trattamento di cui finora si è detto sarebbe frutto solamente della differenza dei presupposti normativi su cui si fondano.

La colpa è connotata dalla violazione di un dovere obiettivo di diligenza, cioè di una regola esterna di comportamento che rileva sul piano dell'illiceità del fatto.

Nell'illecito omissivo colposo improprio, l'obbligo giuridico di impedire l'evento può avere a contenuto quel dovere obiettivo di diligenza, ma lo stesso non vale per l'omissione dolosa. Infatti, qui, l'obbligo giuridico non potrebbe essere ricostruito in funzione di una finalità preventiva bensì «obbedisce allo scopo di impedire che l'inertza venga strumentalizzata per realizzare un evento oggetto di volontà delittuosa»¹⁷⁵.

Certa è la similitudine tra omissione e colpa: cioè l'inosservanza di una regola di condotta, dalla quale, però, viene fatto spesso discendere uno stratagemma di conversione, ai fini assolutori, dell'illecito colposo commissivo in una condotta omissiva. Questo meccanismo presenta numerosi inconvenienti, fra cui quello di “disintegrare” gli illeciti colposi potendo comunque incentrare il significato della condotta sul difetto di diligenza e, da ultimo, limitare la responsabilità colposa soltanto a coloro che rivestono la qualità di *garanti*¹⁷⁶.

Tutto ciò premesso, è lecito affermare che l'obbligo di garanzia si distingue concettualmente dall'obbligo di diligenza e che assume un significato diverso a seconda che l'omissione impropria sia realizzata con dolo o colpa.

Nel prosieguo della trattazione verranno esaminate le teorie formali e sostanziali, nonché la teoria “mista” dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, che prendono le mosse da premesse politco-ideologiche diverse.

Non si cada però nell'affrettata conclusione per cui in una società di matrice liberale vi sarebbe una responsabilità per omesso impedimento dell'evento tutte le volte in cui

174 F. SGUBBI, *op. ult. cit.*, p. 142.

175 W. GALLAS, *Sullo stato attuale della teoria del reato* in *La scuola positiva*, 1963, p. 46.

176 R. BOLDT, *Zur Struktur der Fahrlässigkeit* in *ZstW*, 1956, p. 347.

fossimo in presenza della trasgressione di un *legal duty*, dal momento che, da un lato era dato rinvenire una rigida regolamentazione degli obblighi di agire penalmente rilevanti anche in paesi socialisti ¹⁷⁷, dall'altro, nella giurisprudenza nordamericana troviamo precedenti che danno conto di attribuire rilevanza penale anche ad alcune *factual situations* ¹⁷⁸.

Quale che sia la fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, tale obbligo non è illimitato, in applicazione del principio *ultra posse nemo tenetur*.

Sicché l'obbligo dovrebbe ragionevolmente cessare sia nei confronti di coloro che si trovino impossibilitati a compiere l'azione comandata ma non anche quando dovesse esporre il garante ad un pericolo personale, sia pure nei limiti dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. ¹⁷⁹.

L'obbligo giuridico seleziona in capo a un certo soggetto solo uno o alcuni fra gli infiniti comportamenti che avrebbero potuto evitare l'evento. A restringere la portata degli obblighi vi è la situazione o posizione di garanzia, intesa quale l'insieme dei presupposti fattuali ai quali l'ordinamento giuridico riconnette un obbligo di impedimento penalmente rilevante ¹⁸⁰.

177 Z. ŠEPAROVIC, *Die Behandlung des unechten Unterlassungdelikte in Jugoslawien* in *ZstW*, 1965, pp. 141 ss.

178 Regina vs. Instan, 17 Cox 602 (1893) ove viene riconosciuto un obbligo di assistenza e di cura a carico del nipote verso la zia con lui convivente, in forza dunque della “mera” relazione di convivenza; Rex vs. Gibblins and Proctor, 13 Cr. App. R134 (1918), in cui viene riconosciuto un obbligo di cura e di assistenza a carico di un amante cui il partner aveva affidato “di fatto” il proprio bambino.

179 F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, pp. 261-262.

180 G. GRASSO, *op. cit.*, p. 185.

Capitolo III

Le Posizioni di garanzia

Sommario: 1. Le posizioni di garanzia: Premessa. - 1.1. La teoria formale - 1.2. La legge penale. - 1.3. La falsa testimonianza e la sua idoneità a fondare la posizione di garanzia tra dottrina e giurisprudenza. - 1.4 La legge extrapenale. - 1.5 Il contratto e i limiti della teoria. 2. La precedente attività pericolosa: il contributo della dottrina e l'analisi della giurisprudenza. - 3. La teoria funzionale o sostanziale. 3.1 Le posizioni di protezione. - 3.2. Le posizioni di controllo. - 4. La teoria mista: verso un superamento delle contrapposizioni? - 5. Contenuto dell'obbligo di garanzia: potere e dovere di impedire l'evento. - 5.1 La distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza. - 6. Il principio di legalità e l'esigenza di tassatività nella definizione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. - 7. Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: cenni.

1. Le posizioni di garanzia : Premessa

L'inquadramento dottrinale delle posizioni di garanzia nasce in seno alla dogmatica tedesca, in considerazione dell'istanza di protezione che intercorre tra determinati soggetti qualificati e certi beni giuridici.

La teoria della *Garantenstellung* si rivelò particolarmente congeniale al raggiungimento di un obiettivo: quello di configurare una responsabilità penale volta a stabilire a quali condizioni l'omesso impedimento di un evento fosse equiparato alla sua causazione¹.

Nel nostro ordinamento, tale problematica trova soluzione nel generico requisito della giuridicità dell'obbligo di impedire l'evento, prescritto dall'art. 40 c. 2, c.p.

Per riempire di contenuto tale dizione, è necessario analizzare le singole teorie che hanno circoscritto la figura del garante. Infatti, il dovere di impedire eventi lesivi a carico di beni altrui non può che costituire un'*eccezione* nel sistema penale; se così non fosse, si creerebbe una forte limitazione di movimento alle libertà individuali².

Sebbene la genericità dell'obbligo possa evocare la struttura delle fattispecie penali in bianco, la sua rilevanza non deve essere sottovalutata.

La clausola di equivalenza avrebbe potuto esprimersi con maggiore precisione e

1 I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 180.

2 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale Diritto Penale, Parte generale*, IX° ed., Bologna, 2024, p. 644.

determinatezza, ma essa conserva il merito di monopolizzare il settore dei reati omissivi impropri che altrimenti, come avveniva in passato, restavano affidati all'intuito del giudice o, in alternativa, rimanevano delle zone franche nelle quali il diritto penale non accedeva³.

La ragione per la quale vi è stata la necessità, anche nel nostro ordinamento, di disciplinare siffatte ipotesi era un presupposto ineliminabile: la titolarità di beni giuridici è affidata in capo a soggetti del tutto incapaci di difendersi personalmente da pericoli che li minaccino o ne ledano l'integrità.

La salvaguardia del bene viene così affidata ad un soggetto diverso, in un momento *anteriore* al sorgere della situazione di pericolo. Tale scansione cronologica è essenziale: il modello più coerente con la tenuta del sistema è quello in cui il garante - capace di signoreggiare la situazione di pericolo a tutela di un determinato bene a lui affidato da una qualche fonte - conosca la posizione che ricopre e che solo in un momento successivo, cioè al verificarsi di una situazione di imminente danno o pericolo, scatti l'obbligo di impedire il suo verificarsi⁴.

I rilievi che seguiranno saranno rivolti all'individuazione della situazione di garanzia sulla base delle diverse teorie elaborate.

1.1 La teoria formale

La teoria formale, di stampo liberale classico e risalente a Feuerbach, individua in particolare nella legge il vincolo di tutela che avvince un determinato bene giuridico - prescindendo dalla sua rilevanza sostanziale - ed un soggetto per così dire, "qualificato". Essa, prende le mosse dall'autonomia che si vuole riservare al diritto penale, affrancandolo da altre branche dell'ordinamento.

Tuttavia, per legge deve intendersi non solo la legge penale ma anche quella extrapenale, quale il diritto di famiglia. È, infatti, innegabile che la madre debba ricoprire una posizione di garanzia in virtù del rapporto qualificato col proprio figlio, e ciò troverebbe conforto sia a livello costituzionale che nel Codice civile.

Anche in presenza di una fattispecie di parte speciale idonea a individuare con

3 F. MANTOVANI - G.FLORA, *Diritto penale, Parte generale*, XII° ed., Padova, 2023, pp. 162-163.

4 G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 134.

sufficiente determinatezza i destinatari dell'obbligo, occorre una seconda verifica.

Infatti, pur ad esempio eliminando la presenza nel codice dell'art 570 c.p, la violazione degli obblighi di assistenza familiare troverebbe comunque tutela in forza del giudizio di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p.: nessuno oppone alcuna obiezione sul fatto che gravi sui genitori l'obbligo di impedire la morte dei figli. Si noti poi, che solo una fonte legislativa di creazione "originaria" delle posizioni di garanzia giustificherebbe quel *vulnus* di libertà personale che inevitabilmente il destinatario dell'obbligo sconta⁵. Stando così le cose, si assisterebbe a un rispetto formale della riserva di legge, sebbene nulla potrebbe ostare, in concreto, al trasferimento delle funzioni di garante in capo a un soggetto nuovo - sconosciuto alla legge - mediante, ad esempio, il meccanismo della delega di funzioni nelle società.

La teoria formale mostra, sin dal principio, un atteggiamento "aperturista", volto cioè ad accogliere nel suo grembo anche altri elementi che possono discostarsi da una fonte qualificata ma che siano analogicamente da assimilare alle prime.

Si pensi alla concezione di «stretto rapporto di vita» (*enge Lebensbeziehung*), come la relazione di convivenza dalla quale si potesse inferire una situazione di garanzia che pure non trovando in passato la propria genesi in alcuna fonte scritta, apparteneva alla tradizione del diritto d'oltralpe come dato di carattere meramente consuetudinario⁶.

Invero, anche questi rapporti di convivenza, come le relazioni *more uxorio*, non rappresentano oggi una novità, in quanto ampiamente oggetto di riforme legislative.

Ciò che però va apprezzato fu l'inserimento storico di rapporti che, pur non trovando alcuna giustificazione in un provvedimento formale, potessero dirsi egualmente vincolanti.

La teoria del c.d. "trifoglio" o tripartita annoverava, pertanto, la legge - sia quella penale che extrapenale - il contratto e la precedente attività pericolosa.

Occorrerà pertanto analizzare ciascun elemento distintamente.

5 F. SGUBBI, *Responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 201.

6 H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996, pp. 621 ss.

1.2 La legge penale

La legge penale non manca di individuare anch'essa, con sufficiente precisione, i destinatari di un'attività pericolosa chiamati a fronteggiare la stessa, imponendo loro determinate attività.

Qui, il paradigma di individuazione della posizione di garanzia pare essersi ribaltato: sarà la fonte dell'obbligo di impedire l'evento a fornire indicazioni circa la presenza di una situazione di garanzia. Si pensi a questo proposito agli artt. 672, 673, 674, 675, c.p., il cui contenuto dell'obbligo è tipizzato (quello ad esempio di custodia degli animali) dal quale poter inferire che il soggetto destinatario del comando sarà il proprietario.

La qualità di proprietario la si assume anteriormente alla situazione pericolosa che l'animale potrebbe determinare e la custodia rappresenta nientemeno che una modalità di esercizio della proprietà. Sono però state messe in evidenza ipotesi nelle quali l'inosservanza dell'obbligo fissato dalla legge penale non si ricollega al precedente esercizio di una posizione, e sarebbe idoneo a integrare il profilo normativo del reato omissivo improprio solo in quanto tale obbligo abbia natura preventiva.

Il riferimento, secondo tale dottrina, è ai reati omissivi propri diversi dalla mera disobbedienza, nei quali sarebbe pacifico riscontrare - attraverso il richiamo alla legge penale - un obbligo di attivarsi di carattere preventivo, la cui disobbedienza si proietti verso l'evento, dove cioè «l'evento rappresenti il consequenziale sviluppo della situazione di lesività posta in essere dalla condotta»⁷. Ciò ove si parta dalla premessa di una sostanziale compatibilità tra lesività per il bene e obbligo di attivarsi.

Non fosse altro che tali fattispecie sono il più delle volte configurate a pericolo presunto e difficilmente si prestano a una operazione ermeneutica di conversione in pericolo concreto, tale per cui le norme in discorso possano leggersi come fondative di una posizione di garanzia volta all'impedimento di eventi lesivi in capo a chiunque.

Il riferimento all'omissione di soccorso è evidente: la fattispecie si configura a pericolo presunto, così, al verificarsi del presupposto di fatto richiesto dalla norma, vi sarà l'insorgere del dovere comportamentale e, ove questo fosse disatteso, il reato sarà pienamente configurato. L'ineffettiva lesione della trasgressione - ben potendo la

⁷ F. SGUBBI, *op. cit.*, p.217.

situazione di fatto essere solamente putativa - non depone a favore della conversione del reato in pericolo concreto; né altrimenti potrebbe dirsi che l'intervento di un qualunque garante avrebbe ridotto la soglia di pericolo, essendo la fattispecie rivolta a chiunque, tale da ipotizzare l'intervento di un altro soccorritore.

La fattispecie incriminatrice, più che una funzione di individuazione della posizione di garanzia, assolverebbe piuttosto a una funzione sanzionatoria, il risultato di un simile postulato sarebbe che, lungi dal consacrarsi attorno al principio di autonomia del diritto penale, occorrerebbe affiancarsi a fonti metapenali da ricostruire in base ai parametri accertativi della responsabilità penale⁸.

In forza di un simile assunto così radicale, l'incriminazione dell'inosservanza di un obbligo di garanzia sarebbe menzionata dalla norma ai fini sanzionatori, ma la sua individuazione sarebbe pur sempre demandata a una fonte extrapenale

Beninteso, se restassimo intrappolati dalle stringenti etichette offerteci dalla dottrina pancivilistica, la nozione di possesso dovrebbe giocoforza corrispondere solo a quella prevista dall'art. 1140 cc.

Se colui il quale eserciti poteri corrispondenti al diritto di proprietà dovesse affidare la custodia dell'animale a terzi inesperti, la posizione di garanzia originaria permarrrebbe, sommandosi a quella del mero detentore, pur questi non rientrando nella nozione di possesso. E ciò in quanto occorra stabilire, in concreto, chi eserciti il potere di controllo sull'animale.

In passato, nel senso di riconoscere che la legge penale possa costituire posizioni di garanzia, venivano addossate ai garanti le conseguenze dannose derivanti dalle condotte aggressive verso sé o verso altri di soggetti infermi o gravemente ammalati, per via della presenza nel Codice dell'abrogato art. 717 c.p., che incriminava l'omessa denuncia di malattie di mente o di gravi infermità psichiche pericolose⁹.

L'argomento, con specifico riguardo alla posizione dello psichiatra, merita di essere ripreso per valutare se, pur a seguito di suddetta abrogazione, una posizione di garanzia possa residuare in capo a lui da altre fonti, ovvero venga assunta in via di “mero fatto”.

⁸ I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 207.

⁹ F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali in Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Perugia, 1989, p. 139.

1.3 La falsa testimonianza e la sua idoneità a fondare la posizione di garanzia tra dottrina e giurisprudenza

La giurisprudenza afferma che la posizione di garanzia possa nascere da una legge penale, in particolare dalla fattispecie di falsa testimonianza, in base alla quale, in virtù di un preteso obbligo di rendere dichiarazioni veritiere all'autorità giudiziaria, un soggetto possa rendersi colpevole in forma omissiva di favoreggiamento, laddove questi taccia in merito a circostanze da lui conosciute¹⁰.

Il tema merita di essere investigato data la sua importanza.

Taluni Autori hanno vivacemente avvertito la tesi cui, ormai da molti anni, la giurisprudenza appare solidamente orientata, in forza del rilievo per cui, ove si ammettesse una forma di responsabilità ex art. 40, cpv c.p., la conseguenza sarebbe quella di un'analogia *in malam partem* rispetto alla norma che incrimina la falsa testimonianza.

La seconda contestazione risiede nel fatto che l'art. 378 c.p. sarebbe ipoteticamente realizzabile anche mediante condotte omissive solo in quanto vi siano obblighi giuridici di cooperazione espressamente previsti dall'ordinamento ove sinora non sia dato rinvenirne¹¹.

Più precisamente l'obbligo, secondo la giurisprudenza, discenderebbe dal combinato disposto di più norme processualpenali, quali gli artt. 351, 362 e 198 c.p.p.

Infatti, sull'acquirente di modica sostanza stupefacente grava l'obbligo di disvelare il nome utile a scoprire l'identità dello spacciatore, altrimenti si configurerebbe un'ipotesi di favoreggiamento personale.

La posizione di garanzia, però, deve cedere il passo ad esigenze di difesa ricavabili dall'art. 384 c.p. quando l'acquirente abbia con sé una quantità maggiore di sostanza, perchè in questo caso l'obbligo di dire la verità lo esporrebbe ad un'*autoincriminazione*¹².

10 In questo senso: Cass. pen., sez. VI, 21.06.1990 in *Cass. pen.*, 1992, p. 947, secondo cui integra il reato di favoreggiamento personale «qualsiasi atteggiamento positivo o negativo idoneo ad eludere le investigazioni o intralciare o ritardare le ricerche dell'autorità e, pertanto anche una condotta omissiva che si concreta nel silenzio, nella reticenza o nel rifiuto di fornire notizie». In senso contrario, Cass. pen., sez. IV, 28.03.1960 in *Giust. Pen.*, 1960, II, p. 650., che attribuiva alla condotta consistente nell'«aiuto» una forma di realizzazione della condotta attiva, insuscettibile di rientrare nel perimetro dell'art. 40 cpv., c.p.

11 D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984, p. 158.

12 Cass. pen., sez. VI, 6.12.2021 n. 1176 in *CED Cass. pen.*, 2022.

La disposizione prevede un esimente capace di escludere la responsabilità quando le informazioni in concreto richieste all'acquirente, in quanto persona informata sui fatti, possano determinare grave e irreparabile nocumento nella libertà o nell'onore; in questo caso, si applicherebbe il solo vantaggio sanzionatorio previsto all'art. 75, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309.

Di recente la giurisprudenza è tornata sul punto, sul solco di quanto precedentemente tracciato, affermando che il favoreggiamento personale risulta integrato da qualunque condotta, attiva o omissiva, che provochi una negativa alterazione del contesto fattuale all'interno del quale le ricerche dell'autorità giudiziaria sono ancora in corso o potrebbero iniziare¹³, e ciò a prescindere dalla circostanza che colui che rimanga inerte ne consegua un vantaggio¹⁴.

Se i rilievi che precedono mostrano una sostanziale impermeabilità della norma penale a ricadere - tramite un processo di assimilazione - nello spettro semantico dell'art. 40 cpv. c.p., occorre ora soffermarsi ad analizzare se, invece, la fonte extrapenale possa fondare gli obblighi di garanzia.

1.4 La legge extrapenale

Estrarre un obbligo giuridico di attivarsi da una qualche norma extrapenale non basta per poter immediatamente configurare una posizione di garanzia dalla quale far discendere l'obbligo di impedire l'evento; occorre anche scrutare l'esistenza di poteri giuridici impeditivi dell'obbligato, nonché la necessaria preesistenza della situazione pericolosa per il bene tutelato, la quale risulta idonea a far sorgere l'obbligo di impedire l'evento¹⁵.

Quando la legge extrapenale fa dipendere l'assunzione di una posizione di garanzia dalla particolare qualità che il soggetto riveste, il trasferimento della posizione risulta ancorato al formale rivestire detta qualità. Ad esempio, l'art. 2053 c.c., impone il controllo degli edifici che minaccino rovina soltanto a carico del proprietario, con la

¹³ Cass. pen., sez. VI, 28.03.2025 n. 16994 in *CED Cass pen.*, 2026; in senso conforme: Cass. pen., sez. VI, 7.10.2010, n. 37757 in *CED Cass pen.*, 2011, p. 2611; Cass. pen., sez. VI, 16.03.2010, n. 11473 in *CED Cass pen.*, n. 246690; Cass. pen., sez. VI, 18.05.2004, n. 31436 in *Dejure it. (web)*, 2006, p. 120.

¹⁴ Cass. pen., sez. VI, 6.12.2023 n. 48745 in *CED Cass pen.*, 2024.

¹⁵ I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 218.

conseguenza che al soggetto abusivo che viva all'interno dell'abitazione fatiscente non potrà essere mosso alcun rimprovero circa l'impedimento di eventi pericolosi derivanti dallo stato di abbandono dell'immobile, a meno che questi non abbia, col passare del tempo, usucapito la proprietà.

Di qui è lecito domandarsi perché l'obbligo giuridico di impedire l'evento sia posto solo ad alcuni soggetti e non ad altri che meglio si trovino nelle condizioni di poter agire.

Manca cioè un «fondamento sostanziale» sottostante all'obbligo, in quanto il dovere di agire è proprio solo di alcune figure¹⁶.

Si badi che una concezione eccessivamente rigoristica del principio di legalità, volta a escludere l'idoneità della legge extrapenale a fondare posizioni di garanzia, non solo frustrerebbe ragioni di giustizia sostanziale, ma condurrebbe a contraddizioni intrinseche al sistema. Si pensi all'esplicito richiamo a fonti sublegislative extrapenali operato dall'art. 43, c. 3, c.p. che richiama «regolamenti, ordini o discipline»¹⁷.

1.5 Il contratto e i limiti della teoria formale

In base alla teoria formale, il contratto sarebbe in grado di fondare posizioni di garanzia sia in via originaria che derivata. L'obbligazione volta all'adempimento della prestazione oggetto del contratto vincola il soggetto che vi si sottopone in base all'art. 1372 cc., che assegna forza di legge al contratto, limitatamente alle parti che lo hanno sottoscritto.

Così opinando, parrebbe che il principio di riserva di legge venga formalmente rispettato, ma è di tutta evidenza come la responsabilità per omesso impedimento possa a questo punto essere influenzata - se non subordinata - dalla responsabilità di natura contrattuale derivante da un eventuale inadempimento¹⁸.

Per porsi al riparo da siffatta possibilità, parte della dottrina, maturando una prospettiva nuova rispetto alle basi gettate dalla teoria formale ha preferito parlare di «assunzione consensuale» anziché contrattuale dell'obbligo di garanzia¹⁹.

Mentre non è contestato che il contratto possa trasferire le funzioni di garante in capo a un soggetto nuovo non menzionato da alcuna norma, non tutti gli Autori sono concordi

16 C.E. PALIERO, *Il sistema penale*, I° ed., Milano, 2024, p. 222.

17 A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminazione della legge penale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 694 ss.

18 F. MANTOVANI - G. FLORA, *Diritto penale, Parte generale*, XII° ed., Padova, 2023, p. 158.

19 G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 183.

nel ritenere che tale strumento sia idoneo a dilatare il contenuto oggettivo della fattispecie, cioè l'omissione tipica. Si ricorderà che lo scopo del contratto è quello di «costituire, regolare od estinguere tra le parti un rapporto giuridico patrimoniale» (art. 1325 c.c.) e non già quello di tutela dei beni giuridici.

Si consideri inoltre che la forza di legge assegnata al contratto è unicamente circoscritta al rapporto tra le parti in forza dell'art 1372 c.c.

In breve, le obbligazioni contrattuali potranno assumere rilevanza ai sensi dell'art. 40 c.2, c.p. solo allorquando il loro inadempimento dovesse esorbitare dall'ambito dei rapporti patrimoniali tra i contraenti.

Per fare un esempio, a nulla varrebbe l'inadempimento di una parte sul versante patrimoniale, cioè la non corresponsione del prezzo in favore della badante o della babysitter. Tale vicenda, strettamente legata a una dimensione privatistica, non esonera il soggetto da assumere la tutela del bene giuridico affidatogli, premesso l'effettivo trasferimento dei poteri impeditivi.

In questo senso, la posizione di garanzia verrebbe mantenuta in capo al soggetto originariamente titolare, qualora - ad esempio - il datore di lavoro non abbia affidato altri, tramite lo strumento della delega di funzioni, il compito di vigilare sull'osservanza della normativa antinfortunistica.

Del pari, i genitori non potranno ritenersi sollevati dall'obbligo di custodia verso i figli laddove la babysitter non si sia presentata all'orario prestabilito.

Qui emerge una prima insufficienza della teoria formale, in base alla quale l'effetto liberatorio in capo al garante originario coinciderebbe perfettamente con il momento di perfezione del contratto.

Ciò dimostra un'insensibilità di tale teoria nell'occuparsi delle vicende che in concreto possano occasionare la situazione di pericolo a scapito del bene protetto.

Un ulteriore limite della teoria formale lo si può ricavare dalle vicende che potrebbero perturbare l'esistenza del contratto, quale presupposto da cui origina l'obbligazione di garanzia. In realtà, nel caso di nullità *ipso iure*, il venire meno del titolo costitutivo farebbe difetto anche al bisogno di tutela; mentre in presenza di un vizio non radicale del negozio giuridico, la produzione ancorchè temporanea degli effetti lascerebbe sopravvivere la figura del garante almeno fino a una pronuncia di annullamento del

contratto. Si pensi al caso di un soggetto che affidi, sotto minaccia di morte, il proprio figlio minore a un altro soggetto. Qui, manca un elemento essenziale del contratto: l'accordo, che essendo estorto mediante violenza o minaccia, determina il permanere della situazione di garanzia in capo al garante originario, potendosi invece configurare in caso di pericolo imminente percepibile dall'affidatario, una responsabilità per omissione di soccorso.

Nel caso del contratto nullo, la posizione di garanzia potrebbe sopravvivere, potendo derivare da altre norme extrapenali, non necessariamente da individuarsi in quello specifico negozio.

Così, ove fosse nulla la vendita di un animale pericoloso, la responsabilità per omesso impedimento dell'evento deriverebbe in capo all'acquirente direttamente dalla legge e, in particolare dagli artt. 2051 e 2052 c.c, in base ai quali la responsabilità derivante da cose o animali in custodia si fonda sul mero rapporto di custodia materiale.

Allo stesso modo, nella vendita abusiva di materie esplosive (art. 678 c.p.), stante l'illiceità dell'oggetto del contratto in base alle norme civilistiche, esso sarà nullo, ma ciononostante non spoglierà il garante a titolo derivato dell'obbligo di controllo sulla cosa onde prevenire danni arrecati a terzi in base all'art. 2051 c.c.

Si potrebbe obiettare che le norme sopracitate parlino di «custodia», laddove la vendita non intendesse limitarsi soltanto a una concezione così limitata del possesso.

Tuttavia, in base al principio di conservazione e di conversione degli atti nulli, questi potranno essere produttivi di effetti qualora contengano elementi formali e sostanziali rinvenibili in un negozio diverso da quello originariamente voluto dalle parti.

In base a ciò, la vendita dell'animale pericoloso, anche se per vizi di forma dovesse risultare nulla o annullabile, ben potrebbe convertirsi in un negozio di affidamento temporaneo in custodia, individuando il soggetto su cui grava tale obbligazione, che coincide con la posizione di garanzia²⁰.

Ma anche ove non si salvaguardasse nemmeno in parte il negozio giuridico tramite siffatti meccanismi esegetici, il bene giuridico verrebbe tutelato in diversa misura a seconda di come la posizione di garanzia si atteggi rispetto ad esso.

20 I. LEONCINI, *op. cit.*, pp. 263 ss.

2. La precedente attività pericolosa: il contributo della dottrina e l'analisi della giurisprudenza.

La teoria formale dominante nella dottrina europea in particolare nei primi anni del Novecento annoverava nella sua formulazione originaria tre fonti giuridiche dell'obbligo di attivarsi.

Oltre alla legge e al contratto, di cui si è detto, un ulteriore elemento è rappresentato dalla *precedente attività pericolosa* che compare già nella letteratura tedesca dell'Ottocento²¹.

Questo terzo segmento rappresenta, forse, il più vistoso limite a tale teoria²², poiché non esiste alcuna norma giuridica che imponga un obbligo di contenuto impeditivo a carico di chi abbia precedentemente compiuto un'azione pericolosa, quale quella di scavare una buca in mezzo a una strada pubblica. In merito a quest'ultimo esempio, molto ricorrente nella manualistica, si potrebbe obiettare che sorge soltanto un normale obbligo a contenuto cautelare che si accompagna alla realizzazione di una condotta positiva pericolosa. Infatti, supponendo che colui il quale apra la buca lo faccia per svolgere un'attività di manutenzione della rete fognaria, tralasciando di apporre le necessarie protezioni, qualora dei passanti vi cadano rimanendo feriti o uccisi, la responsabilità del manutentore andrebbe ragionevolmente ricondotta non già all'omesso impedimento dell'evento, bensì all'aver causato colposamente l'evento per non aver adottato quelle misure cautelari (quali segnali o barriere protettive) imposte dalla normativa di settore²³.

Invero, secondo certa dottrina, pur non potendosi riscontrare un fondamento positivo nel nostro ordinamento che giustifichi la precedente attività pericolosa, la sua riconduzione alla teoria formale non sarebbe da avversare come del tutto incompatibile.

Cio sarebbe frutto di una distorsione che dipende in larga parte dall'oscurità circa il rapporto di incompatibilità nascente tra causalità attiva e omissiva²⁴.

21 C. STÜBEL, *Über die Theilnahme mehrerer Personem an einem Verbrechen*, Dresden, 1828, pp. 61 ss.

22 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, IX °ed., Bologna, 2024, p. 646.

23 G. MARINUCCI - G. GATTA - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, XIII° ed., Milano, 2024, p. 297.

24 I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 186.

In altre parole, alla produzione dell'evento concorrono sia la condotta positiva precedente, sia la condotta omissiva susseguente.

Se appare corretta da un punto di vista fenomenico tale ricostruzione, occorre allora assegnare per ciascuno di questi momenti un diverso profilo soggettivo.

Si pensi a chi lasci distrattamente cadere un mozzicone di sigaretta acceso, rispetto a chi, invece, sprezzantemente brami il verificarsi dell'incendio.

Si assiste così a una precedente azione colposa negligente e, nel momento immediatamente successivo - ove volontariamente il soggetto dovesse lasciar propagare le fiamme - la conseguenza logica sarebbe quella di configurare una responsabilità per incendio doloso ed, eventualmente, ove ciò comporti la morte di persone, una responsabilità per omicidio doloso mediante omissione.

Mentre nel codice penale spagnolo del 1995, all'art. 11 si contemplano positivamente siffatte ipotesi²⁵, in altri ordinamenti come quello tedesco la fonte derivava da una consuetudine e, più in generale, dal principio del *neminem laedere*²⁶.

A ben vedere, il precedente comportamento pericoloso, causale rispetto all'evento, accentua l'esposizione al pericolo del bene protetto²⁷.

Tale assunto, per quanto condivisibile, non fornisce ancora alcuna spiegazione in merito al perché tale attività precedente debba essere inclusa nella concezione formale *c.d. trifoglio*, in quanto spesso essa viene fatta rientrare in modo apodittico senza fornirne alcuna spiegazione convincente.

Anche l'assunto per cui la fonte sarebbe da ricavarsi nell'art. 2050 c.c. non convince, laddove tale disposizione non parla *sic et simpliciter* di un'attività pericolosa precedente, ma dello «svolgimento di attività pericolose»²⁸.

Ove l'agente dovesse ferire colposamente qualcuno, si dovrebbe ragionevolmente parlare di «onere» in luogo di «obbligo» ad impedire che il reato appena commesso giunga a un epilogo fatale per la vittima.

25 A tale proposito l'omissione è equiparata all'azione «Cuando el omittente haya creado una ocasión de riesgo para el bene jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente»

26 H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996, p. 625.

27 G. GRASSO, *op. cit.*, p. 266.

28 G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 211.

Ciò comporterebbe l'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 6 c.p. per essersi adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Pur riferendosi la norma alla disciplina del tentativo di reato previsto dall'art. 56, c. 4 c.p., alcuni sostengono possa applicarsi anche con riferimento a quei reati colposi, dovendosi considerare di portata generale²⁹.

L'*Ingerenztheorie* presenta, però, un inconveniente non trascurabile: il presupposto per attivare la posizione di garanzia è da ricercarsi nella tutela di beni giuridici la cui integrità è minacciata da *forze esterne*. Se così è, non sarebbe possibile che il garante abbia, mediante la propria azione, cagionato la situazione di pericolo.

Tuttavia, la posizione di controllo sul bene oramai inevitabilmente esposto alla situazione di pericolo non deriva già dall'azione antecedente esaurita, ma «dalla signoria “attuale” sulla cosa pericolosa»³⁰.

Negli esempi precedenti, dunque, la posizione di garanzia non origina per via della precedente attività pericolosa dell'agente - essa già esisteva - ma l'obbligo di impedire l'evento viene a concretizzarsi solo in quel dato momento.

Così, la posizione di garanzia in capo alla madre rispetto ai figli discende da una fonte qualificata di natura extrapenale e, ove la madre dovesse cagionare colposamente lesioni nei confronti dei figli, l'obbligo diverrà concreto a partire da questo momento; ma esso non viene a prodursi da una simile circostanza. Del pari, il proprietario dell'animale pericoloso che abbia omesso di prestare la diligenza dovuta (ad esempio apponendovi una museruola) è obbligato ad impedire che l'evento si verifichi allorchè tardivamente si avveda che l'animale stia sbranando un passante.

Tale convincimento, radicato in quanto esposto prima, sarebbe calzante per gli esempi proposti, ma non lo sarebbe rispetto ad altri, ad esempio rispetto a chi abbia a lanciare il mozzicone acceso: in questo caso non si potrebbe configurare in capo a chiunque compia un simile gesto una situazione di garanzia che non sorga esattamente in tale momento.

Se così fosse, verrebbe totalmente disattesa la tesi in parola, potendo individuare solamente un'azione commissiva colposa (il lancio del mozzicone) che non ancora

²⁹ I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 111.

³⁰ G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 209.

giunta al suo presumibile e *prevedibile* epilogo (il verificarsi dell'incendio), non venga interrotta non appena l'agente abbia percezione delle possibili conseguenze della sua azione.

Ad ogni modo, la teoria dell'ingerenza annovera anche un altro aspetto al suo interno: se da un lato vi è l'obbligo di neutralizzare le conseguenze derivanti dalla propria precedente azione pericolosa, dall'altro occorre adottare misure cautelari nello svolgimento di attività intrinsecamente pericolose³¹.

Il fondamento giuridico dell'obbligo di controllo nascente da tali attività viene comunemente ravvisato nell'art. 2050 c.c., che impone l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare danni a terzi nello svolgimento delle attività pericolose, per la loro natura o per la natura dei mezzi adoperati.

Se si immagina il settore dell'antinfortunistica o della circolazione stradale, risulta molto fitta la trama di norme che impongano veri e propri obblighi giuridici, da tenersi invece distinti dagli oneri cui prima si è detto. Tuttavia, occorre segnalare la funzione dell'art. 2050 c.c. rispetto alle altre norme. Infatti, la sua collocazione topografica nel codice, non è casuale, bensì individua un'ipotesi di inversione dell'onere della prova in capo al soggetto che abbia provocato un danno "ingiusto". Sulla base degli elementi contenuti nella disposizione, l'agente dovrà fornire la prova liberatoria di aver osservato la diligenza necessaria a impedire la configurabilità della colpa; allo stesso modo potrà dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore per esimersi da responsabilità oggettiva.

Ma affrancandosi dal terreno civilistico - ove non s'intendesse come è stato già sottolineato far coincidere obblighi di diligenza con obblighi di garanzia³² - non si potrebbe far discendere in modo automatico una responsabilità per omesso impedimento dell'evento sulla base dell'ingannevole "momento omissivo della colpa", riconducendo qualunque attività pericolosa che violi cautele imposte dalle varie discipline settoriali in una automatica ipotesi di reato omissivo improprio.

Dati i rilievi che precedono, appare dubbio che la precedente attività pericolosa possa costituire uno dei segmenti della tripartita teoria formale, data la mancanza di una fonte

31 F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, p. 55, egli afferma: «ogni attività che tocchi interessi giuridici di terzi, fa nascere il dovere giuridico di prendere quelle misure di previdenza che sono necessarie per evitare pericoli e disgrazie»

32 W. GALLAS, *Die strafrechtliche Vereantvortlichkeit der am Bau Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des Verantwortlichen Bauleiters*, Heidelberg, 1963, pp. 32 ss.

qualificata che la annoveri. Meno dubbia appare, ove ci si spostasse in una dimensione fattuale, la sua idoneità a fondare una posizione di garanzia³³.

La giurisprudenza non ha nutrito tentennamenti circa tale idoneità.

Non sono mancati casi nei quali la responsabilità a carico di chi abbia posto in essere una precedente attività pericolosa sia stata ricondotta a una responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in quanto titolare di una posizione di garanzia.

In questo senso si è, ad esempio, affermata la responsabilità del proprietario di un vivaio per il decesso del conducente di un autocarro che, a causa dell'innalzamento del manto stradale realizzato senza rispettare le distanze, rimaneva folgorato per il contatto con delle piante trasportate con la linea elettrica sovrastante³⁴; o si pensi alla morte del bambino travolto da una pesante traversa per uso ferroviario mentre si arrampicava per gioco su una catasta non messa in sicurezza³⁵.

Tuttavia, ad un attenta lettura della prima decisione, la Corte afferma che: «all'imputato, in considerazione della posizione di garanzia ricoperta *in qualità di proprietario*, spettava dare precise direttive al personale alle sue dipendenze al fine di evitare rischi per quanti vi si trovassero a transitare». Nuovamente, parrebbe che la posizione di garanzia *stricto sensu* intesa derivi da una condizione preesistente: il rivestire la qualità di proprietario, e solo in presenza della situazione pericolosa venutasi a creare per la mancata adozione di norme cautelari si impone l'obbligo giuridico di impedire l'evento.

In senso di esplicito riconoscimento che la precedente attività pericolosa debba costituire la fonte della posizione di garanzia, vi è, però, una rilevante decisione della Corte con la quale, senza margini di ambiguità, si afferma che nei reati commissivi mediante omissione, la posizione di garanzia può avere una fonte normativa non necessariamente di diritto pubblico ma anche di natura privatistica e può trattarsi di fonte anche non scritta. La posizione di garanzia, prosegue la Corte, può addirittura trarre origine da una situazione di fatto, da un atto di volontaria determinazione, da una *precedente condotta illegittima* che costituisca il *dovere* di intervento e il corrispondente *potere* giuridico, o di fatto, che consente al soggetto garante, attivandosi, di impedire l'evento.

33 G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 217.

34 Cass. pen., sez. IV, 10.01.2013, n. 27591 in *CED Cass. pen.*, Rv. 255452.

35 Cass. pen., sez. IV, 21.05.1990, n. 11112 in *CED Cass. pen.*, Rv. 185061.

In questo caso il conduttore di un convoglio ferroviario, nell'atto di non rallentare prima del passaggio a livello aveva generato una situazione di pericolo, cui correva l'obbligo di neutralizzare, in quanto titolare - da quel momento - di una posizione di controllo, andando invece a collidere contro un'auto che attraversava i binari ad alta velocità³⁶.

3. La teoria funzionale o sostanziale

Preso atto dei limiti e delle insufficienze della teoria formale, la dottrina si è sforzata nel tentativo di emancipare la responsabilità per omesso impedimento dell'evento dal necessario ancoraggio a fonti giuridiche espresse degli obblighi impeditivi³⁷.

Se l'antigiuridicità formale di un fatto omissivo andava ricercata in una fonte che individuasse l'obbligo giuridico di impedire l'evento, con la *materielle Rechtspflichttheorie* il fatto omissivo divenne illecito tutte le volte in cui la valutazione del suo contenuto materiale «dovesse produrre allo Stato e ai cittadini in concreto più danni che vantaggi»³⁸. Occorre, dunque, accertare in concreto le funzioni tipiche del garante in relazione all'effettivo dovere-potere che questi abbia rispetto al bene giuridico meritevole di tutela.

Ciò in quanto si vuole avvalorare quella funzione da cui scaturì, in passato, la necessità di individuare una fonte qualificata che legittimasse *ex post* l'intervento del garante.

Naturalmente, ove in luogo della semplice integrazione di suddetti criteri dovessimo avere un meccanismo di vera e propria sostituzione, la ricerca sarà orientata applicando criteri materiali o contenutistici.

Mentre per il tramite della teoria formale la responsabilità per omesso impedimento andava ricercata in un momento tendenzialmente preesistente alla situazione di pericolo, la teoria sostanziale tende a giustificarla *ex post*.

Si bada più al contenuto della norma, la quale deve prevedere un determinato contenuto positivo a prescindere dalla fonte che lo impone; tuttavia, la latitudine di quel contenuto viene a dipendere dalle circostanze concrete³⁹.

36 Cass. pen., sez. IV, 07.02.2012, n. 41980 in *Diritto & Giustizia*, 26.10.2012.

37 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale Diritto Penale, Parte generale*, IX° ed., Bologna, 2024, p. 644.

38 W. SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1921, p. 447.

39 F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 92.

Si pensi all'art. 57 c.p. laddove parla dell'«esercitare il controllo necessario per impedire», che equivale a fare ciò che in concreto si rende necessario per ottenere quel risultato, senza che però si possa predeterminare il contenuto di quel “fare” prima di quel momento.

Allo stesso modo, l'art. 677 c.p. menziona i «lavori necessari per rimuovere il pericolo» senza specificare quali lavori debbano essere in concreto compiuti, essendo tale operazione rimessa alla discrezione del soggetto destinatario dell'obbligo, purché valga a evitare l'evento pericoloso.

In questi esempi, non viene consentita al cittadino di prevedere intervento punitivo dello Stato quanto al concreto comando che questi si trovi a dover assolvere⁴⁰.

Si potrebbe, più in generale, osservare che il criterio della sufficiente determinatezza della fattispecie, sancito dall'art. 25, Cost., sia di per se stesso vago e indeterminato, perciò non definibile⁴¹; il che si proietta anche con riguardo a quegli elementi descrittivi della fattispecie che presentano un nucleo concettuale «dai contorni non definiti»⁴². Tuttavia, se si pone l'accento sulla funzione «anticipatrice» della norma giuridica - che mira cioè ad imporre dei comportamenti desiderati per i consociati, fossero anche rivolti ad impedire eventi dannosi o pericolosi - non si può a questo punto affermare che gli elementi normativi e descrittivi della fattispecie siano privi di contenuto prima di una loro applicazione. Le norme giuridiche costituiscono delle «costruzioni teleologiche il cui compito è quello di rendere possibile l'esecuzione di giudizi di valore e così garantire che il diritto venga applicato in una maniera di volta in volta prevedibile e capace di soddisfare sufficientemente il principio di eguale trattamento»⁴³. Per le fattispecie causalmente orientate come quelle in discorso, l'evento materiale supplisce alla indeterminatezza delle condotte; ne consegue che, ove l'evento fosse fumosamente descritto, ovvero abbia a sublimarsi nel bene giuridico, si crea una sovrapposizione concettuale insanabile «tra l'evento in senso giuridico come lesione al bene protetto e l'evento materiale»⁴⁴.

40 M. KOHLMANN, *Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften (art. 103 Abs 2 GG)*, Köln-Marienburg, 1969, pp. 248 ss.

41 B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtgewinnung in Strafrecht*, Berlin - New York, 1978, p. 29.

42 K. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1932, p. 52.

43 A. HELLER, *Logik und Axiologie der analogem Rechtsanwendung*, Berlin, 1961, p. 94.

44 L. STORTONI, *Il primato della prevenzione, quali garanzie per il cittadino? (La prevedibilità degli*

Quale che sia la fonte, anche di tipo contrattuale, che abbia dato origine alla posizione di garanzia, occorre che il garante assuma “di fatto” la funzione di tutela al cui assolvimento è impegnato. Infatti, nel caso della baby sitter che disertò l'appuntamento, la posizione di garanzia - nonostante la stipula del contratto - permane in capo ai genitori, in quanto fattualmente ella non sarebbe in grado di neutralizzare i pericoli incombenti sul bambino, non avendolo preso in custodia. L'affidamento consiste nel fatto che chi assume la posizione di garanzia (intesa come effettiva presa in carico del bene giuridico, a prescindere dalla presenza o meno di una fonte giuridica espressa o tacita idonea a fondare tale posizione) genera una situazione di affidamento in senso psicologico, inducendo i soggetti vulnerabili a esporsi e a rinunciare a fronteggiare autonomamente determinate situazioni di pericolo per trasferirle a soggetti terzi.

La teoria sostanziale, in una sua dimensione deteriore, fa assurgere il criterio dell'aumento del rischio quale parametro di individuazione di un obbligo connesso al grado di pericolosità che la precedente azione dell'agente realizzi rispetto al bene giuridico. L'intuizione si spiega in relazione alla particolare qualità rivestita dal soggetto attivo che lo lega al bene giuridico protetto⁴⁵.

Occorre pertanto scindere la posizione di garanzia in *posizioni di protezione* e *posizioni di controllo* per stabilire come l'agente si atteggi rispetto agli obblighi.

Le *posizioni di protezione* hanno ad oggetto la salvaguardia di un determinato bene giuridico da tutti i pericoli che lo minacciano, quale che sia la fonte da cui provengono.

La posizione di garanzia può anche consistere nel *controllo* su determinate fonti di pericolo, quali che siano i beni giuridici minacciati. Qui il garante è dotato di un potere di fatto sulla fonte di pericolo, potendola cioè neutralizzare. L'idea è quella per cui non vi sia altro soggetto al di fuori di lui che meglio possa neutralizzare tale fonte, trovandosi egli in una condizione di maggiore *prossimità* rispetto a essa.

esiti) in *Studi senesi*, CXXIX, 2017, p. 109.

45 I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 190.

3.1 Le posizioni di protezione

La giustificazione teorica della posizione di protezione poggia sulla relazione intercorrente tra un particolare vincolo giuridico che lega un soggetto bisognoso di tutela - che si trovi, cioè nell'impossibilità di occuparsi autonomamente della salvaguardia del bene protetto - e un soggetto garante di tale bene⁴⁶.

Il fondamento di questo particolare legame può trovare la propria fonte in una legge, come all'art. 147 c.c. (che riprende l'art. 30 Cost.), laddove prevede il diritto - dovere dei genitori di «mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio».

Beninteso, non da tutte le obbligazioni civilistiche possono desumersi obblighi di garanzia penalmente rilevanti. Infatti, un'obbligazione di carattere alimentare, quale quella prevista all'art. 433 c.c., è attivabile sulla base di un provvedimento dell'autorità giudiziaria su domanda dell'interessato e, in caso di mancata corresponsione, è sanzionabile ex art. 570, c. 2, c.p.⁴⁷.

Da essa, però, non discende un obbligo di garanzia in relazione alla salvaguardia del patrimonio del beneficiario, vuoi perché più in generale vi è una tendenza volta ad escludere una responsabilità omissiva impropria con riguardo a beni di questo tipo, vuoi perché l'art. 649 c.p. configura espressamente un'ipotesi di non punibilità per i reati contro il patrimonio che siano stati commessi da prossimi congiunti.

Più in generale, è da escludere che sui genitori gravi l'obbligo di impedire danni a carico di beni patrimoniali di pertinenza dei figli⁴⁸.

Occorre citare anche la posizione di protezione esistente in capo al coniuge verso l'altro che, secondo autorevole dottrina, non verrebbe nemmeno a cessare in caso di separazione legale (idonea a liberarli formalmente dal vincolo di assistenza morale e materiale), essendo la posizione di garanzia subordinata alla circostanza che «sussista in concreto un rapporto di affidamento circa la reciproca protezione, in caso di bisogno, dei beni di rispettiva appartenenza»⁴⁹.

Ci si potrebbe poi domandare se una responsabilità per omesso impedimento dell'evento debba includere anche la morte del figlio, ove quest'ultimo si fosse autonomamente

46 D. PULITANÒ, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, IX° ed., 2021, pp. 247 ss.

47 G. GRASSO, *op. cit.*, pp. 297 ss.

48 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, IX° ed., Bologna, 2024, p. 653.

49 G. FIANDACA, *op. cit.*, pp. 174-175.

determinato a togliersi la vita. E cioè: al di fuori dei casi di istigazione o agevolazione al suicidio, può essere mosso un rimprovero in capo al genitore per non avere impedito il verificarsi di un evento che rientra a pieno titolo nella sfera di signoria del figlio?

Del resto, l'art. 580, c.p., trattandosi di un reato di evento, è configurabile anche in una versione omissiva. Tuttavia, se il suicidio si fonda su una scelta libera e consapevole del figlio, si accorciano i margini di dipendenza - pregiudizialità tra il bene della vita e l'obbligo di tutela discendente dalle norme succitate. Ove, però, il soggetto minore dovesse versare in uno stato di infermità psichica o fisica, o di semplice non sufficiente maturità a determinarsi in modo consapevole, il vincolo giuridico che legava il bene della vita del figlio alla situazione di garanzia posta in capo al genitore si "riespande", sì da poterne far conseguire una responsabilità a titolo di omesso impedimento dell'evento. Insomma, anche ammesso di riconoscere una posizione di garanzia del genitore nei confronti dei figli minori, lo stato di capacità rappresenta una causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento e capace di interrompere il nesso di causalità tra la condotta omissiva del genitore e l'evento morte del figlio.

Del pari, in giurisprudenza si è ritenuto che il marito non fosse responsabile per omicidio colposo del suicidio della moglie, la quale si era tolta la vita con l'arma detenuta dal coniuge nell'abitazione⁵⁰. Infatti, l'art. 20, c. 1, L. 110/1975 impone che l'arma debba essere custodita per prevenire pericoli rivolti a beni *altrui* e non a beni propri. L'evento, in questo caso, rappresenta una concretizzazione del rischio che esorbita da quello creato dall'agente; pertanto, il nesso di causalità materiale riferito alla condotta del detentore dell'arma incautamente custodita deve essere interrotto, in quanto l'evento non è esito di una successione normale di accadimenti riferibili a tale condotta.

Inoltre, anche ove la fattispecie di cui all'art. 580 c.p. dovesse prestarsi a una versione omissiva, essa è configurata solo in forma dolosa e non è estensibile analogicamente; né potrebbe altrimenti farsi impiego dell'art. 589 c.p., atteso che il fatto omicidiario è eterogeneo rispetto al fatto del suicidio. Solo ove il suicida sia persona infraquattordicenne o persona incapace di intendere e di volere, la mancanza legale o naturale della volontà riporterebbe l'apparente suicidio a un omicidio colposo commesso in forma omissiva, in quanto l'agente *non agit, sed agitur*.

⁵⁰ G. L. GATTA, *Responsabilità penale del marito per l'omesso impedimento del suicidio della moglie?* in *Dir. pen. cont. (web)*, 2.11.2011.

Infine, come è stato recentemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, l'obbligo derivante dalla legge extrapenale, idoneo a fondare per i genitori una posizione di garanzia, deve intendersi rivolto anche a impedire gli eventi dannosi cagionati dai minori, con puntuale riferimento all'art. 2048 c.c.⁵¹.

Il grave fenomeno dei suicidi nelle carceri ha posto molteplici interrogativi circa l'estensione dei doveri di protezione assunti dai dipendenti dell'amministrazione penitenziaria in relazione alla vita e incolumità di detenuti e internati; obblighi discendenti dagli artt. 1 e 11 L. n. 354/1975⁵².

A tale proposito, di recente è stata esclusa la responsabilità per omesso impedimento dell'evento suicidiario di un detenuto affidato a un agente, il quale avrebbe omesso di chiudere lo sportello per la sorveglianza visiva del rinchiuso, favorendo in questo l'occasione dell'impiccagione da parte di quest'ultimo⁵³.

I giudici di legittimità hanno osservato come la posizione di garanzia non comporti un automatico addebito colposo di responsabilità a carico del garante, dal momento che il principio di colpevolezza impone una verifica circa la sussistenza di una violazione da parte del garante della regola cautelare e, in particolare, del rapporto di prevedibilità ed evitabilità dell'evento che la norma mirava a prevenire.

Nella specie, la violazione delle disposizioni che disciplinano l'utilizzo dello sportello, non essendo volte a prevenire episodi anticonservativi, non sarebbe idonea a fondare un rimprovero per colpa in relazione all'evento suicidiario.

Un'ulteriore posizione di protezione è quella del personale sanitario tenuto alla tutela della salute individuale e collettiva. In particolare, si badi alla complessa posizione assunta dallo psichiatra, il quale, alla luce del mutato quadro legislativo, si ritiene titolare solo di obblighi di protezione e non anche di controllo.

Infatti, mentre in passato sul paziente psichiatrico aleggiava un certo grado di pericolosità da neutralizzare, con l'avvento della L. 180 del 1978 egli diviene a pieno titolo parte di un rapporto terapeutico all'interno del quale i compiti del medico sono stati decisamente ridimensionati, non comprendendo più un potere di prevenzione dei

51 Cass. pen., sez. I, 6.04.2022, n. 42507 in *CED Cass. pen.*, 2022.

52 F. MANTOVANI - G. FLORA, *Diritto penale, Parte generale*, XII° ed., Padova, 2023, p. 172.

53 Cass. pen., sez. IV, 22.11.2017 n. 6138 in *Diritto & Giustizia*, 9.02.2018.

reati commessi dal paziente⁵⁴.

Gli atti etero-aggressivi o autolesivi, quale specifica manifestazione della malattia, esprimono solamente la necessità che un soggetto qualificato, quale lo psichiatra, si faccia carico della salvaguardia di tale bene giuridico.

Questi potrà adottare strumenti contenitivi solo in presenza di atti che possano seriamente pregiudicare la salute ed il benessere psicofisico del paziente.

Invero, la “Legge Basaglia” non esclude per il medico di poter adottare strumenti finalizzati a impedire che il malato rechi danno a sé o ad altri (art. 34 della legge n. 833 del 1978), dove il bene giuridico della salute del paziente deve essere bilanciato con la tutela della collettività in presenza di «alterazioni psichiche tali da richiedere interventi terapeutici urgenti».

Tuttavia, la giurisprudenza appare scettica e tendenzialmente contraria rispetto all'adozione di t.s.o., qualora siano giustificati più dalla presunta pericolosità sociale del paziente che dalle sue reali esigenze di cura⁵⁵.

La previsione di un simile potere in capo allo psichiatra ha ingenerato in parte della dottrina la convinzione che residuino poteri di controllo oltre che di protezione⁵⁶.

Allo psichiatra viene addossato un tipico compito di controllo disciplinare che si giustifica per la finalità terapeutica che muove il suo agire.

Coerentemente a questa visione “dilatata” di posizione di protezione, la giurisprudenza ha affermato che: «anche fuori dalle ipotesi di ricovero coatto lo psichiatra è titolare di una posizione di garanzia, sullo stesso gravando doveri di protezione e di sorveglianza del paziente in relazione al pericolo di condotte autolesive ed etero-aggressive»⁵⁷.

Più di recente, e in termini più netti circa il riconoscimento di un obbligo di controllo gravante sullo psichiatra, la giurisprudenza ha equiparato il paziente a una fonte di

54 In questo senso: P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale* in *Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, 2003, pp. 345 ss.; G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità dello psichiatra* in *Foro.it.*, 1988, II, pp. 108 ss.; M. ZANCHETTI, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione* in *Cass. pen.*, 2004, pp. 2860 ss.

55 Cass. pen., sez. VI, 15. 05. 2012, n. 18504 in *Riv. it. med. leg.*, 2012, pp. 1707 ss.

56 In questo senso: F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente* in *Riv. it. med. leg.*, 1980, pp. 13 ss.; A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra* in *Riv. it. med. leg.*, 1982, pp. 542 ss.; G. CANEPA, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero* in *Riv. it. med. leg.*, 1, 1983, pp. 24 ss.

57 Cass. pen., sez. IV, 27.11. 2008, n. 48292 in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1462 ss.

pericolo, rispetto al quale il garante avrebbe il dovere di neutralizzare effetti lesivi verso terzi e comportamenti pregiudizievoli verso se stesso⁵⁸.

A questo proposito, anche la giurisprudenza della CEDU ebbe a pronunciarsi in merito, in relazione al caso di morte di un paziente che si trovava affidato alle cure dello psichiatra⁵⁹. Tuttavia, sebbene la morte del paziente psichiatrico fosse causalmente riferibile alla mancata adozione di misure coattive più stringenti rispetto a quelle adottate, l'evento - secondo i giudici di Strasburgo - non era prevedibile visto lo stato di miglioramento del paziente.

Perciò la Corte, nel caso di specie, negava la violazione dell'art. 2 della CEDU, ritenendo che una più severa restrizione della libertà di movimento avrebbe pregiudicato quelle esigenze di tutela previste dagli artt. 3, 5 e 8 della Convenzione⁶⁰.

Come è stato attentamente osservato in dottrina: «ogni qual volta il medico si sia attenuto al dovere di diligenza ricavato dalla regola cautelare - e quindi l'evento avverso non sia a lui rimproverabile - viene a mancare, già a monte, un'omissione penalmente rilevante, non trovandoci al cospetto di un'azione doverosa inosservata»⁶¹.

Tra gli obblighi di protezione vengono ricondotti anche i doveri di cura e di soccorso che pertengono più in generale al personale sanitario, da intendersi non solo il medico, ma anche l'infermiere⁶².

Quanto alla posizione di garanzia assunta dal medico, secondo un orientamento giurisprudenziale pressochè costante, essa non deriva solo dal contratto che questi abbia stipulato con l'azienda sanitaria pubblica o privata, ma anche da una relazione terapeutica che in concreto si instaura col paziente.

Più precisamente, in seno a un importante pronuncia delle Sezioni Unite, a prescindere dall'atto di investitura formale, ciò che rileva è l'effettiva presa in carico del bene protetto mediante un comportamento concludente da parte del medico⁶³.

58 Cass. pen., sez. IV, 20.04.2017, n. 28187 in *Rass. dir. farm.* 2017, 4, p. 742.

59 Sent., CEDU, sez. IV, 22.11.2016, *Hiller c. Austria*.

60 In senso conforme: Sent., CEDU, Grande Camera, 3.04.2001, *Keenan c. Regno Unito*, (nel senso della non prevedibilità del suicidio di un detenuto da parte del personale penitenziario).

61 C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida* in *Dir. pen. cont.*, 21.03.2016., p. 10.

62 C. E. PALIERO, *Il sistema penale*, I° ed., Milano, 2024, p. 227.

63 Cass. pen., sez. IV, 9 04.2019, n. 24372 in *CED Cass. pen.*, 2020.

Vi è di più: l'evoluzione della giurisprudenza, in adesione alla concezione sostanzialistica di produzione della fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, si è spinta sino al punto di riconoscere per il medico la sua responsabilità penale ove abbia tacitamente aderito alle modalità operative dei chirurghi partecipando “in fatto” all'intervento chirurgico, senza, ad esempio, il supporto di una guida ecografica ⁶⁴. Cionondimeno, occorrerà pur sempre verificare che il medico disponga di strumenti impeditivi idonei a scongiurare il verificarsi di eventi lesivi o pregiudizievoli dell'integrità del bene lui affidato ⁶⁵.

Ove poi il medico succeda nel turno in un reparto ospedaliero, assumerà nei confronti dei pazienti ricoverati la medesima posizione di garanzia di cui il precedente medico era titolare. Ciò lo obbliga ad informarsi circa le condizioni di salute dei pazienti e le cure di cui necessitano ⁶⁶, ed una volta che il medico abbia eseguito la propria prestazione, la sua posizione di garanzia si conclude e tale responsabilità passa al collega che prende in carica il paziente e ne gestisce il trattamento ⁶⁷.

Interessante la posizione di garanzia assunta dall'infermiere, il quale non si considera più un semplice ausiliario del medico, bensì riveste la posizione di professionista sanitario e come tale svolge il compito di salvaguardare la salute del paziente, essendo onerato di vigilare sul decorso post-operatorio onde stabilire se vi sia una responsabilità autonoma di tale figura, formalmente distinta dalla condotta omissiva del medico ⁶⁸. Infatti, quest'ultimo non è onerato di vigilare sull'operato dell'infermiere, il che depone nel senso di accentuare i margini di autonomia che questi riveste.

In fase di risveglio da un intervento, si legge nel protocollo di sorveglianza post-operatoria che l'assistenza deve consistere «nella periodica valutazione dello stato di coscienza, della funzione respiratoria, cardiocircolatoria e neuromuscolare, della temperatura, del dolore, della diuresi (...) oltre al trattamento di eventuali complicanze (...) lo stato di coscienza e i riflessi devono essere valutati clinicamente con periodicità non superiore ai 15 minuti».

⁶⁴ Cass. pen., sez. IV, 29.09.2020, n. 28316 in *CED Cass. pen.*, 2021.

⁶⁵ Cass. pen., sez. IV, 23.03.2019, n. 17491 in *CED Cass. pen.*, 2020.

⁶⁶ Cass. pen., sez. IV, 5.10.2018, n. 47801 in *CED Cass. pen.*, 2019, in questo caso il medico ginecoloco mancò di informarsi dello stato di salute della paziente, determinando lesioni colpose a danno del feto.

⁶⁷ Cass. pen., sez. IV, 4.07.2025, n. 26842 in *Dejure it. (web)*.

⁶⁸ Cass. pen., sez. IV, 21.11.2017, n. 5 in *CED Cass. pen.*, 2018.

Tale protocollo, assieme alle numerose linee guida, nulla dice in merito all'atteggiamento che il personale sanitario debba assumere con riguardo allo stato di cronica assenza del personale sanitario.

Dovendo svolgere contemporaneamente più attività, una volta appurato che la condotta alternativa lecita avrebbe con una probabilità confinante con la certezza impedito il verificarsi dell'evento a danno del paziente, ci si potrebbe domandare se tale condotta fosse esigibile a causa dello stato di necessità che il professionista si trovava a fronteggiare. Se tale impostazione assolve l'operato dell'infermiere quando questi abbia posto in essere condotte diligenti, non altrettanto potrebbe dirsi quando a monte la sua condotta fosse negligente, avendo violato determinate norme precauzionali e non potendo nemmeno confidare che altri, succedendo nella posizione di garanzia pongano rimedio alla sua condotta omissiva. In altre parole, il *principio di affidamento* non è invocabile dal personale infermieristico e dagli altri paramedici ove siano già in colpa, quando la condotta colposa del medico non sia imprevedibile⁶⁹.

Anche nel caso in cui gli infermieri non avvertano il medico del peggioramento fatale del paziente, la responsabilità per tale omissione spetta unicamente a loro⁷⁰.

Passando all'analisi di un noto caso, la responsabilità penale dell'infermiere venne riconosciuta in due gradi di giudizio con riferimento all'inoculazione in *day-hospital* di un farmaco chemioterapico in una dose dieci volte superiore al quantitativo necessario stimato in base alla corporatura del paziente. L'errore era dipeso dall'aggiunta di uno zero da parte del medico specializzando che si era scontrato contro il parere dell'infermiere in sede di preparazione del farmaco, il quale fece notare che il quantitativo prescritto era del tutto esorbitante al punto di non poterlo contenere in una sola siringa. I giudici di legittimità ritennero che l'infermiere, proprio in considerazione dei molteplici dubbi che aveva sollevato, aveva assolto la sua posizione di garanzia, annullando così la decisione con rinvio alla Corte d'appello.

La condotta dell'infermiere, nel caso di specie, non si era limitata alla sola somministrazione per via endovenosa del farmaco, ma era stata preceduta da una serie di ammonimenti o consulti idonei a ridurre i margini di errore che fatalmente vengono commessi in ambienti lavorativi stressogeni.

⁶⁹ Cass. pen., sez. IV, 14. 11. 2013, n. 692 in *CED Cass. pen.*, 2014.

⁷⁰ Cass. pen., sez. IV, 13.05.2011, n. 24573 in *Dir. Giust.*, 2011, p. 160.

La compartecipazione di più soggetti, pur nelle rispettive aree di competenza, ha il merito di rendere riconoscibile quei segnali di allarme attraverso «la messa in moto di un complesso sistema di operazioni cognitive che rendono riconoscibile per dirla alla Turner, “l'evento precipitante”»⁷¹. Detto ciò, occorre che l'errore eventualmente commesso da parte del medico sia riconoscibile dall'infermiere, altrimenti graverebbe su quest'ultimo ogni responsabilità connessa alla somministrazione del farmaco, anche quando la prescrizione risulti non errata ma solo imprecisa.

Lo dimostra il caso di un paziente morto a seguito della somministrazione di una soluzione di cloruro di potassio non diluita. La Cassazione conclude per la corresponsabilità dell'infermiere che aveva eseguito la prescrizione medica e del medico che aveva «l'onere di impartire una prescrizione terapeutica precisa e completa, tanto più in presenza di effetti letali». Cosa che nel caso di specie non era avvenuta, poiché il medico non aveva dato indicazioni circa la diluizione in fisiologica del farmaco⁷².

3.2 Le posizioni di controllo

La posizione di controllo ha come obiettivo quello di neutralizzare una concreta fonte di pericolo, in modo da proteggere l'integrità di tutti i beni giuridici che possono risulterne minacciati.

Tali pericoli possono essere creati tanto da forze naturali quanto risultare connessi allo svolgimento di attività umane⁷³. Tra gli esempi del primo tipo si annoverano le inondazioni, le frane o le valanghe che, mettendo in pericolo l'incolumità pubblica, obbligano diversi organi - quali la Protezione civile (in forza della L. 24 febbraio 1992, n. 225 e L. 9 Novembre 2001, n. 401) e le sue articolazioni comunali e provinciali, quali il Sindaco e il Prefetto - ad adottare misure necessarie a mettere in salvo le persone dal pericolo.

Queste misure possono consistere nel diramare l'allerta alla popolazione civile o nell'evacuare alcune aree particolarmente a rischio, gravando in definitiva sugli organi

71 M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o Flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 875.

72 Cass. civ., sez. III, 12.04.2016, n. 7106 in *Rass. dir. farm.*, 2016, 4, p. 802.

73 G. MARINUCCI - G. GATTA - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, XIII° ed., Milano, 2024, p. 299.

suddetti la responsabilità per la mancata adozione dei comportamenti doverosi in caso di eventi lesivi⁷⁴.

Come opportunamente osservato dalla Corte di Cassazione, vi è una distinzione tra eventi con preavviso, la cui verifica sia preannunciata da segnali, ed eventi imprevisti⁷⁵.

In ordine a questi ultimi, affinché si possa azzerare o diminuire il rischio, occorre una programmazione in sede amministrativa più remota rispetto alla verifica in forma istantanea dell'evento. In altre parole, il giudice dovrà collocarsi mentalmente indietro nel tempo e valutare se siano state compiute scelte in merito alla preventiva gestione del rischio. È il caso di uno dei fatti di cronaca più importanti degli ultimi anni, riguardante la valanga che colpì l'hotel Rigopiano causando la morte di ventinove persone⁷⁶.

Il servizio regionale di protezione civile aveva l'obbligo di pianificazione e mappatura territoriale, e i dirigenti regionali, investiti di una posizione di garanzia, avrebbero dovuto sollecitare il comitato tecnico regionale per lo studio della neve e delle valanghe ad adottare la Carta di localizzazione probabile delle valanghe (CLPV).

La sentenza, nel suo denso articolato, ha riconosciuto i funzionari regionali - contrariamente a quanto stabilito nei due giudizi di merito - quali titolari di una posizione di garanzia avente ad oggetto il dovere di esercizio di poteri non realmente impeditivi dell'evento, bensì soltanto sollecitatori e indiretti.

Tale posizione è fondata sulla L. reg. n. 47/1992 e sul “contatto qualificato” tra detti funzionari e la gestione del rischio valanghivo, nutrito dalle conoscenze, dalle risorse e dai poteri decisionali a loro disposizione.

Se, dunque, è vero che l'evento si era manifestato in forma istantanea è altrettanto vero che l'inserimento di Rigopiano nella “zona rossa” avrebbe reso più agevole, sia per i funzionari regionali sia per gli organi della Protezione civile, la percezione del pericolo (prevedibilità) ed il tempestivo dispiegamento delle attività volte a scongiurare le conseguenze della valanga ai danni degli ospiti dell'Hotel (evitabilità).

L'operazione condotta dai giudici di legittimità, consistente nell'equiparazione dei poteri

74 Cass. pen., sez. IV, 12.04.2019, n. 22214 in *CED Cass. pen.*, Rv. 276685-03.

75 Cass. pen., sez. IV, 28.02.2019, n. 16029 in *CED Cass. pen.*, 2019.

76 Cass. pen., sez. VI, 3.12.2024, n. 9906 in *Dejure it. (web)*.

solleccitatori, mediati e indiretti ai reali poteri impeditivi di cui i garanti non disponevano, dà vita a un'interpretazione analogica *in malam partem* inaccettabile con conseguente obliterazione dell'art. 40 c. 2, c.p dal diritto vivente.

Fatto questo doveroso approfondimento critico sul versante degli eventi imprevisi causati da forze naturali, le posizioni di controllo possono anche derivare dallo svolgimento di attività umane.

Si pensi all'attività di estrazione di una cava mediante l'impiego di materiali esplosivi, che possono determinare il distacco della parete rocciosa con conseguente caduta del materiale lapideo e messa in pericolo dei lavoratori e degli abitanti che si trovino a valle ⁷⁷. Nel settore ferroviario, il già richiamato caso del casellante al passaggio a livello non esaurisce certo l'ampissima casistica riguardante la pluralità di soggetti garanti addetti al trasporto ferroviario. La cerchia dei responsabili è individuata dal d.p.r 11 luglio, 1980, n. 753 e dalla L. 17 maggio 1985, n. 210, che indicano: il Ministro dei trasporti, il Direttore generale delle Ferrovie dello Stato, i vari dirigenti a livello regionale, il personale esecutivo e gli addetti al passaggio a livello.

Vi è in proposito una vasta rassegna giurisprudenziale in materia di disastri ferroviari che vede coinvolti, spesso in concorso tra loro, diversi soggetti; talvolta si giunge all'assoluzione dei soggetti apicali qualora la catena di segnalazione del guasto si sia interrotta a livello locale o qualora la normativa sulla sicurezza del lavoro non sia ritenuta applicabile al rapporto tra gestore ferroviario e passeggeri ⁷⁸.

Tra le principali ipotesi di posizioni di controllo si annoverano, ancora, quella del proprietario, possessore o custode di cose mobili o immobili, che impongono ai titolari dei suddetti beni l'adozione in via precauzionale di misure di sicurezza idonee ad impedire il verificarsi di eventi dannosi ⁷⁹.

La *ratio* di tale responsabilità risiede nell'incapacità per chi viene minacciato da pericoli scaturenti da cose altrui di ingerirsi direttamente nella sfera del proprietario, dall'impossibilità, cioè, per i soggetti terzi di porre in essere quelle cautele che spettano invece al proprietario.

⁷⁷ Cass. pen., sez. IV, 6.12. 1990, n. 4793 in *CED Cass. pen.*, Rv 191796.

⁷⁸ Trib. Mil. pen., sez. V, 21.08.2025, p. 37 (in relazione al disastro ferroviario di Pioltello che ha visto assolti otto dei nove imputati).

⁷⁹ F. MANTOVANI - G. FLORA, *Diritto penale, Parte generale*, XII° ed., Padova, 2023, pp. 172 - 173.

L'art. 677 c.p., ad esempio, è idoneo a far sorgere una posizione di controllo in capo al proprietario (*rectius*: chi eserciti un potere di godimento sulla cosa o altro diritto reale) di un edificio o costruzione che minacci rovina, la cui violazione determina la responsabilità per l'evento lesivo che eventualmente si verifica.

Tale responsabilità può anche interessare l'utilizzatore *uti dominus* della cosa, quale titolare di una posizione di garanzia ex art. 40 c. 2, c.p. anche nel caso in cui non ne sia proprietario⁸⁰.

Sebbene si possa dubitare che in tali casi il garante goda di un reale potere di intervento immediato, la giurisprudenza è recentemente intervenuta sul punto affermando che, ai fini dell'operatività della clausola di equivalenza, non è necessario che il titolare della posizione di garanzia sia direttamente dotato di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito, essendo sufficiente che disponga dei mezzi necessari per sollecitare gli interventi strumentali all'impedimento dell'evento dannoso⁸¹.

Tale approccio sostanzialistico si applica anche al proprietario di un animale, la cui responsabilità può estendersi o venir meno qualora l'effettivo potere di controllo sull'animale sia stato trasferito ad altri.

Infatti, il proprietario non potrebbe dirsi responsabile, in ossequio al *principio di autoresponsabilità*, laddove l'animale dovesse provocare danni a terzi⁸².

Di rilievo, ai fini dell'individuazione di una posizione di controllo, è una recente sentenza con la quale viene affermata la responsabilità di un amministratore di

80 Cass. pen., sez. IV, 12.09.2023, n. 51452 in *CED Cass. pen.*, 2023, in cui al titolare di un agriturismo, assolto nei precedenti gradi di giudizio, era stata addebitata la caduta di un cliente, originata dal cedimento della recinzione di un'area, sul rilievo che il custode è tenuto a segnalare i pericoli correlati al suo utilizzo, in ragione della «prossimità alla fonte di pericolo».

81 Cass. pen., sez. IV, 14.06.2023, n. 41846 in *Cass. pen.*, 2023. In senso conforme: Cass. pen., sez. IV, 9.02.2023, n. 9463 in *CED Cass. pen.*, 2024, *Rv.* 274357, in cui la Corte ha ritenuto la corresponsabilità per il delitto di omicidio colposo dell'amministratore di una società proprietaria di un rimorchio, parcheggiato da un dipendente in sosta vietata e contro il quale aveva impattato un veicolo per l'imprudente condotta di guida del suo conducente, sul rilievo che il primo non avesse ordinato la rimozione del mezzo, benché consapevole della doverosità di tale condotta; Cass. pen., sez. IV, 5.10.2018, n. 47794 in *Guida dir.*, *Rv.* 274357, dove venne affermata la responsabilità di un agente della polizia municipale a titolo di omicidio colposo, in quanto, durante una sagra, aveva omesso di segnalare l'impiego di bombole in evidente stato di deterioramento, al soggetto titolare del potere deliberativo relativo al rilascio della licenza temporanea agli esercenti dell'attività coinvolta; Cass. pen., sez. IV, 16.02.2018, n. 14550 in *Guida dir.*, *Rv.* 272516, in cui, a seguito della morte di due studentesse determinato dal distacco della parete rocciosa, viene affermata la responsabilità di due sindaci del Comune a titolo di omicidio colposo, in ragione dell'omessa comunicazione, all'Autorità del bacino regionale, di un precedente evento franoso verificatosi nella stessa zona.

82 Cass. pen., sez. IV, 19.07.2016, n. 30548 in *Diritto & Giustizia*, 20.06.2016.

condominio che, titolare di una posizione di garanzia, ha l'obbligo giuridico di mantenere le parti comuni dell'edificio condominiale e di attivarsi senza indugio per eliminare situazioni particolarmente idonee a mettere in pericolo l'incolumità dei condomini e di terzi passanti⁸³.

La vicenda riguardava la morte di un ragazzo quattordicenne intervenuta a seguito del violento distacco della facciata del palazzo (che rientra tra le parti comuni dell'edificio come previsto dall'art 1117 c.c.), quale concretizzazione del rischio derivante dalla carente manutenzione, pur in presenza di elementi che lasciavano ampiamente prevedere il pericolo di crolli o distacchi di materiale lapideo dalla facciata, come peraltro segnalatigli dalla competente Sovrintendenza e dal Comune.

Analogamente, gli enti proprietari di strade a uso pubblico hanno l'obbligo di manutenzione e segnalazione come richiamato dall'art. 14 c.1, lett.c., c.d.s.

Si legge in una recente sentenza: «al criterio funzionale si correla quello della titolarità del bene: tra i diversi enti pubblici considerati, deve ritenersi proprietario quello cui è attribuita la funzione corrispondente all'uso pubblico della strada, individuata in ragione dell'ambito territoriale e funzionale del collegamento assicurato.

Ciò determina la prevalenza, ai fini dell'individuazione della titolarità, del criterio funzionale rispetto a quello meramente dominicale»⁸⁴.

Ancora, la giurisprudenza si è occupata della posizione di controllo dell'amministratore unico di una casa di riposo di tipo assistenziale in ordine alle esigenze di vita quotidiana degli anziani comprendenti la pulizia, la vestizione, la nutrizione, la deambulazione e la permanenza nella struttura nell'intero corso della giornata.

L'omessa adozione di un sistema d'allarme - che ha determinato la rovinosa caduta dell'anziana in carrozzina - è stata addebitata alla direttrice della casa assistenziale, in violazione di quanto prescritto dall'Asl. Sul punto, il Collegio ha osservato che tale adempimento avrebbe scongiurato, con elevata probabilità, il verificarsi della rovinosa caduta, giacché la lentezza con cui l'anziana si muoveva, sulla sedia a rotelle, avrebbe consentito agli operatori addetti, avvisati dal segnale acustico attivato dalla apertura

⁸³ Cass. pen., sez IV, 2.03.2026, n. 8163 in *Dejure it. (web)*.

⁸⁴ Cass. pen., sez. IV, 27.11.2025, n. 1426 in *Diritto & Giustizia*, 15.01.2026, nella quale venne così esclusa la responsabilità del Sindaco con delega ai lavori pubblici in ordine al delitto di lesioni, occorse a un ciclista che percorreva una strada di bonifica.

della porta, di intervenire in tempo utile, bloccando la degente prima che potesse raggiungere la sommità della rampa di scale, dalla quale era caduta, trovando la morte⁸⁵. Inoltre, date le condizioni di non autonomia e scarsa lucidità mentale della maggior parte degli ospiti della struttura che stazionavano per molte ore al giorno, anche senza vigilanza, nella sala ove si trovava la porta utilizzata dalla vittima per raggiungere le scale, l'evento era certamente prevedibile.

Naturalmente, ai fini del giudizio di prevedibilità dell'evento, deve aversi riguardo alla idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno, non anche alla specifica rappresentazione in capo all'agente, dell'evento dannoso concretamente realizzatosi.

Fin qui si nota che la posizione di controllo assume importanza in relazione a beni giuridici di particolare rilievo come la vita, l'integrità psico-fisica e l'incolumità pubblica. È interessante notare come la giurisprudenza abbia altresì riconosciuto un potere di controllo con annessa responsabilità ex art. 40, c. 2 c.p. a difesa di beni giuridici eterogenei rispetto all'incolumità fisica. Si pensi al proprietario di un esercizio commerciale, il quale ha l'obbligo giuridico di impedire schiamazzi o comunque rumori prodotti in maniera eccessiva dalla propria clientela, anche all'esterno del locale, mediante l'attuazione dello *ius excludendi* e del ricorso all'Autorità, impedendo in questo modo che la frequentazione del locale non sfoci in atteggiamenti lesivi delle norme poste a tutela dell'ordine e della tranquillità pubblica⁸⁶.

Un'ultima posizione di controllo è quella dell'insegnante verso gli scolari, pur essendo l'obbligo di vigilanza circoscritto nell'ambiente scolastico, al fine di impedire che questi commettano atti lesivi della vita e dell'incolumità fisica. Qui, il principio di affidamento viene in rilievo con riguardo alla posizione di particolare vulnerabilità di studenti minori che vengono affidati ai loro insegnanti e, più in generale, alla scuola.

Ai fini dell'accertamento della responsabilità penale del docente, occorre stabilire la sussistenza dell'obbligo di vigilanza sul minore al momento di commissione di un fatto illecito da parte di quest'ultimo⁸⁷.

Si pensi a un episodio in cui il minore scagli violentemente dei colpi nei confronti di un

⁸⁵ Cass. pen., sez. IV, 16.03.2015, n. 11136 in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 2, p. 665.

⁸⁶ Cass. pen., sez. III, 22.02.2023, n. 12555 in *CED Cass. pen.*, 2023.

⁸⁷ G. M. FLICK, *Omissione di oculata vigilanza e obbligo giuridico di impedire l'evento* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pp. 1224 ss.

altro compagno durante la ricreazione, ovvero abbia ad introdurre armi o oggetti contundenti tramite i quali finalizzare un proposito criminoso da tempo maturato.

L'elemento dirimente, in termini di affermazione o meno della responsabilità del docente, sarà quello della prevedibilità dell'evento e dell'idoneità della sua condotta doverosa osservante a scongiurare tale evento.

Ove infatti, ci fossero stati “campanelli d'allarme” si sarebbe resa necessaria l'adozione di misure organizzative e disciplinari particolari, idonee ad evitare specifiche situazioni di pericolo analoghe a quelle verificatesi.

La posizione di controllo si ha anche nei confronti del dirigente scolastico, il quale riveste la rappresentanza legale dell'istituto. Si pensi al caso del crollo del soffitto nella scuola di Rivoli, occorso durante l'intervallo delle lezioni in concomitanza con lo sbattimento della porta di ingresso dell'aula, causata da una forte corrente d'aria; evento in cui rimase vittima uno degli alunni, oltre al ferimento di diversi altri alunni.

La Corte di Cassazione ha ritenuto corretto riconoscere plurime posizioni di controllo in capo al dirigente della provincia, all'ente proprietario dell'immobile e a diversi insegnanti in qualità di responsabili del servizio di prevenzione e protezione dell'istituto⁸⁸. In ordine a quest'ultima figura, che verrà ripresa nell'ambito delle organizzazioni complesse, la sentenza chiarì che la figura del RSPP non dovesse essere considerata in senso atomistico, ma che - in quanto destinatario di obblighi giuridici - fosse parte di una procedura complessa, sfociante in scelte operative di sicurezza compiute dal datore di lavoro; la sua attività, pertanto, rilevava ai fini della spiegazione causale dell'evento illecito. In particolare, gli insegnanti che ricoprivano tale ruolo avevano l'obbligo di fornire attenta collaborazione al datore di lavoro, individuando i rischi lavorativi e fornendo le opportune indicazioni tecniche per risolverli.

Una volta individuati tali rischi, nel caso di impossibilità di adottare misure idonee a prevenire il rischio e avere un adeguato livello di sicurezza, sarebbe stato compito del datore di lavoro quello di interrompere l'attività scolastica.

Con puntuale riferimento alla posizione di controllo rivestita dagli organi scolastici, va fatto un ultimo accenno a due interessanti casi che hanno visto la giurisprudenza adottare soluzioni diverse in base al grado di prevedibilità dell'evento e a quello di

⁸⁸ Cass. pen., sez. IV, 22.03.2016, n. 12223 in *Giur. pen. (web)*.

esigibilità della condotta loro richiesta.

I giudici di legittimità hanno ritenuto sussistente la posizione di garanzia dell'insegnante dell'ultima ora di lezione, nonché del dirigente scolastico in relazione alla morte di un bambino investito da uno scuolabus transitante sulla pubblica via⁸⁹.

La responsabilità dell'insegnante si spiega in considerazione del regolamento d'istituto, che imponeva un dovere di assistenza nelle operazioni di salita e discesa dai mezzi pubblici dinanzi al portone di ingresso della scuola.

Tale previsione era rafforzata dal fatto che, in caso di ritardo dei mezzi, i minori avrebbero dovuto essere consegnati alla forza pubblica.

La responsabilità del dirigente scolastico si giustifica, invece, in violazione dei doveri inerenti la funzione direttiva di cui era titolare, previsti dal D.Lgs. n. 297 del 1994, art. 396, capi 1 e 2, lett. c), d) l), e art. 491, capo 2, lett. b), ed in particolare del dovere di assicurare l'osservanza delle delibere collegiali, avendo egli omesso di far rispettare agli insegnanti gli obblighi previsti per garantire l'incolumità degli alunni, pur essendo a conoscenza dell'esistente prassi per la quale gli alunni non venivano fatti scendere e salire dai mezzi.

Un esito più favorevole fu quello ottenuto da un'insegnante della scuola primaria, assolta in relazione al reato di lesioni colpose a lei contestato.

Il bambino era vittima di una violenta gomitata, inavvertitamente scagliata da un suo compagno; l'evento si configurava come accidentale, in forza di una dinamica indiretta che non necessitava, a giudizio della Corte, la previa adozione di misure organizzative e disciplinari particolari idonee ad evitare specifiche situazioni di pericolo analoghe a quelle verificatesi, configurandosi come del tutto eccezionali.

Il vizio di motivazione delle precedenti sentenze di merito, che ne affermarono invece la colpevolezza, era proprio in relazione al giudizio controfattuale: infatti, anche ammessa la condotta osservante del dovere di vigilanza, «non potrebbe dubitarsi che una tale condotta non avrebbe potuto neppure essa evitare l'evento date le descritte caratteristiche di casualità e repentinità, non potendosi certamente ipotizzare, in particolare, che l'insegnante avrebbe potuto in tal modo impedire, essendosi ancora nell'intervallo della

⁸⁹ Cass. pen., sez. IV, 7.05.2010, n. 17574 in *CED Cass. pen.*, 2010.

ricreazione, agli alunni di alzarsi e avvicinarsi ai compagni»⁹⁰.

4. La teoria mista: verso un superamento delle contrapposizioni?

La teoria mista rappresenta un tentativo di sintesi tra la teoria formale e quella sostanziale e, ad oggi, costituisce l'orientamento largamente dominante in dottrina.

L'obiettivo è quello di ricavare un fondamento formale all'obbligo giuridico di impedire l'evento senza, però, ricadere in uno sterile formalismo; si vagliano, di volta in volta, i concreti poteri impeditivi da parte del garante senza che ciò induca ad aderire plasticamente alla tentazione di parificare alla previsione formale dell'obbligo mere situazioni di fatto. Secondo alcuni Autori, questi tentativi di reciproca integrazione e continuo aggiustamento rimessi all'interprete andrebbero ragionevolmente risolti tramite un intervento del legislatore, il quale dovrebbe tipizzare «in qualche modo» le posizioni di garanzia⁹¹.

Ad ogni modo, la concezione mista ha il merito di porre l'accento sugli obblighi di garanzia espressamente previsti da una fonte formale, valorizzando al contempo il complesso di poteri giuridici impeditivi spettanti al garante.

In base a ciò, soltanto i genitori godono di un potere di protezione nei confronti dei figli minori (e non anche soggetti terzi); allo stesso modo, il lavoratore non gode di un potere di controllo analogo a quello del datore di lavoro nell'adozione di misure idonee a salvaguardare l'incolumità degli altri lavoratori sul luogo di lavoro.

Tuttavia, occorre chiarire che la relazione di soccorso suddetta non ha portata generalizzata ma dipende dal tipo di rischio cui il bene è esposto e da come tale rischio si concretizza nell'evento lesivo⁹².

Ad esempio, se un minore morisse in un disastro aereo verificatosi durante il tragitto richiesto per partecipare ad una vacanza studio, l'evento non potrebbe essere espressione del rischio normalmente gestito dai genitori, pur avendo questi organizzato il viaggio.

Infatti, la tutela del bene potrà essere efficacemente garantita solo in quanto l'obbligo di intervento sia accollato a soggetti competenti ad affrontare il tipo di rischio cui il bene

90 Cass. pen., sez. VI, 16.04.2014 n. 21056 in *CED Cass. pen.*, 2014.

91 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale Diritto Penale. Parte generale*, IX° ed., Bologna, 2024, p. 648.

92 C. E. PALIERO, *Il sistema penale*, I°ed., Milano, 2024, pp. 223 ss.

risulta, di volta in volta, esposto. Ciò impone una successione di garanti che potrebbero tutti coesistere nella medesima unità di tempo (si pensi all'esempio suddetto dei genitori che accompagnino fisicamente il proprio figlio in aereo, pur non conservando autorità sulla gestione del rischio aeronautico), ovvero in archi temporali distinti (come l'affidamento del figlio minore all'istituzione scolastica).

In questo senso, e cioè con riguardo alla sfera di competenza che il soggetto, di volta in volta, riveste, potrà dirsi che l'evento, quale concretizzazione del rischio, sia opera dell'agente. La posizione di garanzia rappresenta, dunque, uno *strumento teleologico* grazie al quale si può attribuire l'evento all'autore, in quanto questi eserciti una sfera di competenza sul tipo di rischio che ha determinato l'evento.

La posizione di garanzia rivestita dal bagnino, ad esempio, ha lo scopo di neutralizzare i pericoli in cui i bagnanti possono incorrere all'interno della piscina in cui egli presta servizio. Se, tuttavia, uno dei bagnanti dovesse, in fase di preparazione o successivamente, scivolare a causa del pavimento bagnato negli spogliatoi riportando lesioni, l'impedimento di un simile evento non potrebbe certo dirsi di competenza del bagnino; la sua posizione di garanzia ha uno scopo diverso: essa è limitata alla gestione di rischi per la vita e l'integrità fisica di soggetti in relazione all'esercizio della sola attività natatoria. Semmai, nel caso di specie, la gestione di un simile rischio grava sui gestori dello stabilimento: solo nei loro confronti potrebbe dirsi operante il meccanismo di assimilazione previsto dall'art. 40, c. 2, c.p.

Appare, inoltre, ancora vivo il dibattito in ordine al tipo di fonte idonea a creare situazioni di garanzia. Per taluni, questo compito potrebbe essere riservato esclusivamente alla legge demandando alla fonte subordinata solo il ruolo di disciplinare concretamente le funzioni che il soggetto esercita⁹³.

L'esigenza di legalità dovrebbe, dunque, comportare che le sole fonti legittimate a fondare posizioni di garanzia siano la legge, gli atti ad essa equiparati e il contratto, dovendosi escludere la *negotiorum gestio*, la consuetudine, nonché i regolamenti e le circolari⁹⁴.

Spesso, mossa da comprensibili esigenze di equità, la giurisprudenza tende a giustificare razionalmente la concreta assunzione della posizione di garanzia prima di rinvenirne

93 F. SGUBBI, *op. cit.*, pp. 199 ss.

94 F. PALAZZO - R. BARTOLI, *Diritto Penale, Parte generale*, Torino, X° ed., 2024, p. 286.

una fonte; in questi casi, a farne le spese è il principio di tassatività della fattispecie penale consacrato all'art. 25 Cost.⁹⁵. L'effettività della posizione di garanzia è, d'altro canto, altamente qualificante se si considera la *ratio* politico-criminale della responsabilità per omesso impedimento dell'evento.

Il dirigente scolastico, ad esempio, potrà dirsi responsabile dell'incolumità dei minori affidati alla scuola non già a partire dalla regolarità coi quali questi risultino iscritti, bensì dal momento in cui il minore gli venga concretamente affidato dai genitori.

Un'ultima considerazione va riservata ai limiti della concezione mista: essi sono rintracciabili nel fatto che vengono cumulati tra loro la generica previsione formale dell'obbligo di impedire l'evento con l'incerto criterio sostanzialistico.

Tale sovrapposizione può condurre a potenziali esiti contraddittori a seconda dell'angolo di visuale che l'interprete, di volta in volta, intende privilegiare, rischiando, così, di estendere o restringere arbitrariamente l'ambito di responsabilità penale⁹⁶.

5 Contenuto dell'obbligo di garanzia: potere e dovere di impedire l'evento.

Il contenuto impeditivo dell'obbligo di garanzia dovrebbe sostanziarsi nel dominio, o nella signoria fattuale, sul decorso causale, rappresentando il fondamento dell'imputazione obiettiva dell'evento⁹⁷. Tale affermazione imporrebbe, però, che la signoria fattuale sia sempre necessaria per la sussistenza dell'obbligo di garanzia. Eppure, esistono dei casi in cui il garante non è realmente in grado di intervenire in prima persona sul decorso causale; se così è, ciò che rileva è il potere di vigilanza e intervento sulla situazione di pericolo che una determinata norma giuridica assegna al garante. In caso contrario, verrebbe meno il principio di riserva di legge: deve operarsi, invece, una reciproca integrazione della teoria formale con quella sostanziale, in luogo di una sostituzione a scapito della prima. Affinchè si voglia attribuire un contenuto realmente impeditivo all'obbligo di garanzia in base all'art. 40, c.2, c.p., occorre dotare il garante di specifici poteri giuridici di vigilanza e di intervento *anteriamente*

95 I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 196.

96 F. MANTOVANI - G.FLORA, *Diritto penale, Parte generale*, XII° ed., Padova, 2023, p. 159.

97 G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 163.

all'insorgere della situazione di pericolo ⁹⁸.

In forza di tale rilievo, l'obbligo di garanzia si distingue dal generico obbligo di attivarsi che chiunque potrebbe azionare in presenza di una situazione di pericolo.

Infatti, nei confronti di chi si imbatte *occasionalmente* in una situazione pericolosa corre l'obbligo di attivarsi da quel momento; al contrario, l'obbligo di garanzia sorge da un vincolo preesistente al presupposto di fatto che lo attualizza, ovverosia dalla norma giuridica che assegna poteri-doveri impeditivi al garante.

Se così non fosse, non sarebbe giustificato il previo affidamento intercorrente tra il soggetto incapace di provvedere autonomamente alla protezione del bene giuridico minacciato e il titolare di una posizione di garanzia: un soggetto qualificato che deve, giocoforza, possedere quegli strumenti che gli consentano di intervenire ⁹⁹.

Quanto alle modalità di estrinsecazione dell'intervento del garante, a nulla rileva che questi operi per mezzo di terzi ¹⁰⁰. Ad esempio, il genitore incapace di prestare adeguate cure nei confronti del figlio gravemente ammalato assolve la sua posizione di garanzia nel momento in cui si limita a condurlo in ospedale. Solo da quel momento subentra in veste di garante il medico, in forza del contratto che questi abbia precedentemente stipulato con l'azienda sanitaria locale; sarà suo compito impedire il propagarsi della malattia o l'evolversi in un evento dannoso, in quanto quest'ultimo garante riveste un potere materiale realmente impeditivo dell'evento ¹⁰¹.

Infatti, i poteri di impedimento devono misurarsi in termini di capacità tecnica, assumendo una connotazione fattuale ¹⁰². Occorre ribadire che solo la sussistenza in capo al garante di poteri giuridici costituisce la *ratio* dell'equivalenza tra azione causale e omissione non impeditiva, rilevante ai sensi dell'art. 40, c, 2, c.p.

Al momento del verificarsi di un determinato presupposto di fatto - come il

98 I. LEONCINI, *op. cit.*, pp. 71 ss.

99 F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 142; G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, p. 77 e pp. 167 ss.; G. GRASSO, *op. cit.*, pp. 375 ss.; I. LEONCINI, *op. ult. cit.*, p. 72.

100 Una simile operazione è pacificamente ammessa e valorizzata anche dalla letteratura tedesca: J. WESSELS - W. BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 42^a ediz., Heidelberg, C.F. Müller, 2012, p. 284; R. RENGIER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4^a ediz., München, Beck, 2012, pp. 462-463.

101 Invero, il medico trae la sua legittimazione a intervenire anche in forza della effettiva presa in carico del bene protetto in virtù della teoria del "contatto sociale" e della relazione terapeutica che lo lega al paziente.

102 In questo senso: F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 608.

ritrovamento di un soggetto che versi in una situazione di pericolo ex art. 593 c.p. - l'intervento da parte di chi casualmente si imbatta in un simile scenario non richiede alcun preesistente rapporto giuridico che vincoli il soggetto alla tutela del bene stesso.

Di talché, emerge come l'obbligo di attivarsi differisca sensibilmente dall'obbligo di garanzia in forza del momento di insorgenza dell'obbligo, che appare corrispondente al verificarsi del presupposto di fatto indicato dalla norma incriminatrice.

La conseguenza del mancato intervento, nel caso dell'obbligo di attivarsi, sarà quella di una responsabilità per il reato omissivo proprio (come l'omissione di soccorso) poiché l'inadempimento di tale obbligo non è normativamente equivalente alla causazione attiva. È proprio a tale scopo che esiste una specifica fattispecie come quella dell'omissione di soccorso, che rende punibile il mancato attivarsi, consistente nel «prestare l'assistenza occorrente» o nel «dare immediato avviso all'autorità»¹⁰³.

Cosa ben diversa è, invece, il procedimento di assimilazione che consente di operare un “innesto” tra l'art. 40, c. 2, c.p. e le fattispecie incriminatrici di parte speciale suscettibili di rientrarvi. L'obbligo impeditivo dell'evento, oltre a rivestire indubbiamente una funzione tipicizzante del reato omissivo improprio, funge da parametro indicatore sul come intervenire per impedire efficacemente la realizzazione dell'evento lesivo.

Come opportunamente osservato in dottrina, accade spesso che un effettivo potere di intervento difetti rispetto alla doverosità dell'obbligo di agire preteso dalla norma¹⁰⁴.

Si pensi alla posizione di garanzia rivestita dagli amministratori di s.p.a. ai sensi dell'art. 2392 c.c., in cui si dubita se il loro potere di impugnativa delle delibere assembleari possa realmente considerarsi un potere dal contenuto impeditivo¹⁰⁵.

La situazione tipica che fa scattare l'obbligo impeditivo deve, inoltre, perlomeno possedere i requisiti del tentativo punibile; se così non fosse, la rimproverabilità della condotta omissiva verrebbe a dipendere esclusivamente dal prodursi o meno dell'evento

¹⁰⁶.

103 A. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993, pp. 85 ss.

104 C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo* in *disCrimen (web)*, p. 643.

105 P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento* in *Le Società*, 2010, pp. 891-893.

106 V. PAONE, *Il funzionario dell'ARPA ha l'obbligo giuridico di impedire i reati in materia di gestione dei rifiuti?* in *Ambiente & Sviluppo*, 2011, fasc. 10, p. 831.

Si aggiunga che il potere impeditivo, proprio in quanto derivante dal precedente vincolo di tutela, potrebbe persino sostanziarsi in un atto *contra jus*, fatta salva l'operatività delle scriminanti di cui agli artt. 52 e 54 c.p., nel rispetto dei principi di necessità e di proporzione.

Spesso, il buon esito dell'azione salvifica viene a dipendere più che da un semplice atto da parte del soggetto legalmente investito di tale potere, dall'intervento tecnicamente necessario a impedire l'evento lesivo. Per tale ragione, potrebbe darsi una surrogazione anche in assenza di una specifica delega o di una formale investitura di un soggetto che, in quanto possieda determinate caratteristiche, sia meglio in grado di salvaguardare il bene. Ciò non determina, tuttavia, un disinteressamento del primo garante.

Infatti, la sollecitazione di un intervento ad un terzo maggiormente esperto non esonera il garante che lo abbia interpellato, sia perché il delegato potrebbe concretamente dimostrarsi inidoneo al compito assegnatogli (si pensi al caso della babysitter che affidi il bambino al bagnino che versi insospettabilmente in stato di ubriachezza), sia perché occorrerà pur sempre attendere l'effettiva presa in carico e la realizzazione dell'azione impeditiva. Ove questa non avvenisse, al terzo potrebbe essere addebitata, ricorrendone agli estremi, soltanto l'omissione di soccorso, mentre residuerebbe in capo al garante originario la responsabilità ex art 40, c. 2, c.p.

Si consideri, infine, che l'estensione della clausola di equivalenza al di fuori della sua sede naturale, abbracciando ipotesi criminose tendenzialmente insuscettibili di rientrare nel paradigma dell'art. 40, c. 2, c.p. non può condurre automaticamente a immaginare per il garante una capacità avversativa degli eventi "generalizzata".

Infine, è noto che la giurisprudenza abbia ormai da tempo fatto rientrare nella nozione di potere impeditivo anche strumenti dotati di minore efficacia impeditiva, purché capaci di influenzare il corso degli eventi¹⁰⁷. Ciò impone un progressivo abbandono della concezione formale dell'obbligo, che viene colmato in via di mero fatto: si guarda, cioè, alle «effettive opportunità di dispiegare l'azione impeditiva»¹⁰⁸.

Tale deriva appare in controtendenza rispetto a quanto suggerito dal buon senso: sarebbe infatti ragionevole (e doveroso) essere tenuti a fare qualcosa in quanto giuridicamente si

107 F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale* in *Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 185 ss.

108 Cass. pen., sez. V, 7.05.2010, n. 17690 in *CED Cass. pen.*, Rv. 247315, 2010.

possa fare, invece di far discendere un dovere dal “poter fare” qualcosa naturalisticamente¹⁰⁹.

5.1. La distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza

Gli obblighi di sorveglianza rappresentano un particolare obbligo di agire posto a carico di determinati soggetti muniti di un potere di controllo e di vigilanza sullo svolgimento di altrui attività. Il garante in tanto potrà esercitare un reale potere impeditivo in quanto ne sia stato informato o sia stato sollecitato ad esercitarlo. La differenza sostanziale tra i due obblighi in parola risiede nella specifica funzione che viene riservata agli obblighi di sorveglianza, i quali non assegnano al soggetto un reale e diretto potere impeditivo.

I poteri impeditivi devono, per essere tali, assolvere a una funzione inabilitante dell'evento lesivo o dell'attività illecita di terzi; devono, cioè apparire astrattamente come risolutivi. Una simile caratteristica non è condivisa dagli obblighi di sorveglianza, che attribuiscono un potere-dovere di controllo sullo svolgimento dell'attività del sorvegliato, ma a cui non fa da *pendant* un equivalente potere-dovere giuridico di intervento sulle situazioni di pericolo per il bene¹¹⁰.

A questo proposito, conviene interrogarsi se alcuni organi societari - e nella specie i sindaci dei collegi sindacali di s.p.a. - siano dotati di simili poteri impeditivi¹¹¹.

Difficilmente, infatti, atti consistenti in diffide, verifiche o sollecitazioni pur capaci di influenzare positivamente il corso degli eventi, sono suscettibili di impedire l'evento¹¹² pur considerando che la denuncia da parte dei sindaci possa condurre a esiti radicali, come la nomina di un amministratore giudiziario.

Tuttavia, poiché la denuncia interviene in un momento tardivo rispetto a fatti illeciti già compiuti dagli amministratori, essa mal si concilia con la struttura dell'omesso impedimento dell'evento delineato dall'art. 40, c. 2, c.p.¹¹³.

109 A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2011, pp. 106-107.

110 A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale d'impresa*, Firenze, 1985, p. 200, il quale assimila le due specie di obblighi alle obbligazioni civilistiche di mezzi e di risultato.

111 L. MANDELLI, *I “sindaci” di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia in Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, pp. 451 ss., il quale considera come impeditivi soltanto i poteri “direttamente” risolutivi.

112 F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati* in *Riv. soc.*, 2007, p. 754.

113 N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia*

Diversa sarebbe la situazione (ma non l'esito) ove il collegio sindacale esercitasse un potere di impulso "pre-impeditivo", convocando l'assemblea dei soci abilitata alla revoca dall'art. 2383, c.3, c.c., qualora si ravvisino «fatti censurabili di rilevante gravità» per i quali vi sia «urgenza di provvedere».

Si tratta, pur sempre, di un potere pre-impeditivo e non efficacemente impeditivo, a differenza del potere detenuto dal consiglio di sorveglianza il quale può direttamente - dietro sollecitazione di uno dei suoi membri - esercitare il potere di revoca di uno dei componenti del consiglio di gestione a norma dell'art. 2409-terdecies c.c.

Prescindendo dai più pregnanti poteri di quest'ultimo organo societario, espressione del c.d sistema dualistico di gestione di derivazione germanica, il tema che rimane è se i sindaci siano dotati di effettivi poteri di intervento in un momento precedente a quello consumativo delle fattispecie delittuose suscettibili di essere realizzate dagli amministratori¹¹⁴. Si pensi alla fattispecie di false comunicazioni sociali ex art. 2622 c.c., in cui i sindaci depositando la relativa relazione, riferendo successivamente all'assemblea convocata per la discussione del bilancio e presentando le opportune osservazioni e proposte, hanno gli strumenti per impedire la realizzazione dell'illecito¹¹⁵.

Lo stesso potrebbe dirsi rispetto al reato di falso in bilancio per omissione di informazioni dovute ex art. 2621 c.c. che si perfeziona nei trenta giorni successivi al suo deposito, effettuato dagli amministratori presso l'ufficio del registro delle imprese o spedito a mezzo di lettera raccomandata (art. 2435 c. 1, c.c); i sindaci potranno adottare concretamente dirette contromisure¹¹⁶. Mentre si ritiene che gli amministratori di s.p.a siano titolari di una posizione di protezione a tutela della correttezza della contabilità societaria, in considerazione dei poteri di cui sono investiti¹¹⁷, i sindaci godono, invece, di un potere di controllo sull'operato degli amministratori¹¹⁸, a prescindere dal fatto che

societarie e Poteri giuridici di impedimento, Milano, 2003, p. 298.

114 Cass. pen., sez. V, 10.05.2016, n. 19470 in *Diritto & Giustizia*, fasc. 22, 11.05.2016, p. 34.

115 L. D. CERQUA, *La responsabilità penale dei sindaci delle società per azioni* in *Giur. Merito*, fasc. 9, 1.09.2013, p. 1907.

116 F. STELLA - D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, p. 565.

117 Cass. pen., sez. V, 13.06.2016, n. 32793 in *CED Cass. pen.*, Rv. 267462 - 01.

118 Cass. pen., sez. V, 21.09.2020, n. 28848 in *CED Cass. pen.*, 2021, fasc. 2, p. 645, in cui è stata riconosciuta la responsabilità penale dei sindaci di una società dichiarata fallita per il reato di cui agli artt. 217, comma 1, n. 4, e 224 L. fall., per aver omesso di attivarsi per rimediare all'inerzia dell'amministratore che non abbia chiesto il fallimento in proprio della società, così aggravandone il

l'ente societario sia altresì soggetto a forme di controllo esterno, pubblico o privato ¹¹⁹. Attesa, in generale, la mancanza di poteri impeditivi di eventi che possano ledere le società ¹²⁰ - intaccando, ad esempio, la consistenza del capitale sociale a mezzo di condotte illecite degli amministratori - delle due l'una: si potrebbero in sede legislativa, potenziare i poteri impeditivi degli organi societari ovvero, in alternativa, prevedere reati omissivi propri per la violazione dei doveri civilistici che abbiano arrecato pregiudizio alla società ¹²¹.

Anche il singolo amministratore non è dotato, *uti singulo*, di poteri realmente impeditivi, potendo al più impugnare le delibere consiliari ove fosse assente o dissenziente (art. 2388 c.c.) ovvero sollecitare il P.m. ai sensi dell'art. 2409 c.c., limitatamente alle ipotesi di rilevanti irregolarità che possano arrecare grave danno alla società. Pur in considerazione di un così blando potere di intervento, la rimproverabilità delle condotte omissive di amministratori privi di delega viene fatta dipendere dalla “percezione” di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito ¹²², ovvero dalla effettiva conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società dai quali desumere l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento illecito, unitamente alla volontà di non attivarsi per scongiurare detto evento ¹²³.

La posizione di garanzia dei revisori, infine, è stata esclusa dalla giurisprudenza in difetto di poteri impeditivi, i quali competono soltanto agli organi interni di gestione e controllo in relazione all'impedimento di reati come quello di bancarotta societaria, con la conseguenza che i revisori potranno, al più, concorrere mediante condotte positive in forza dell'art. 110 c.p ¹²⁴.

dissesto. La responsabilità viene fatta discendere, però, soltanto dal momento in cui la situazione di insolvenza fosse divenuta rilevabile dagli atti posti a loro disposizione, dovendo il giudice di merito verificare, mediante un giudizio controfattuale, se, qualora fossero state poste in essere le attività di impulso e controllo omesse, si sarebbe comunque realizzato l'aggravamento del dissesto.

119 Cass. pen., sez. V, 3.11.2020, n. 13382 in *CED Cass. pen.*, Rv. 281031-06 (in tema di truffa aggravata al conseguimento di erogazioni pubbliche).

120 Cass. pen., sez. V, 28.06.2022, n. 36003 in *Cortedicassazione.it*; Cass. pen., sez. I, 20.04.2022, n. 19887 in *Cortedicassazione.it*.

121 G. MARINUCCI - G. GATTA - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, XIII° ed., Milano, 2024, pp. 301-302.

122 G. BRICCHETTI, *Un obbligo di garanzia “leggero” che pone numerosi interrogativi* in *Guida dir.*, 2007, 35, pp. 71 ss.

123 In questo senso: Cass. pen., sez. I, 9.03.2018, n. 14783 in *CED Cass. pen.*, Rv. 272614 - 01; Cass. pen., sez. V, 19.06.2018, n. 42568 in *CED Cass. pen.*, Rv. 273925-04; Cass. pen., sez. V, 13.06.2022, n. 33582 in *CED Cass. pen.*, Rv. 284175-01.

124 Cass. pen., sez. V, 13,10, 2023, n. 47900 in *Giur. pen. (web)*, 4.12.2023.

Giova, infine, richiamare alcuni dei casi giudiziari precedentemente menzionati nei quali parificando la violazione dell'obbligo di sorveglianza a quella dell'obbligo di garanzia, la giurisprudenza sovente tende ad attribuire una responsabilità di concorso in fatti illeciti, i quali potevano essere soltanto *ostacolati* ma non impediti dai soggetti coinvolti.

Una simile equiparazione, oltre che scontrarsi col principio di eguaglianza - che rende illegittima la punibilità per il medesimo reato ai sensi dell'art. 110 c.p., stante il regime della pari responsabilità dei concorrenti - e atteso il distinto potere-dovere che genera un risultato diverso sul piano della realizzazione dell'illecito, incide anche sul principio di proporzionalità della pena.

Se si ravvisassero gli estremi della partecipazione psichica, a dimostrazione di un previo accordo con il soggetto attivo al quale l'obbligato abbia assicurato di non esercitare la propria funzione di controllo sull'attività illecita, in questo caso potrebbe parlarsi ragionevolmente di concorso nel reato commesso dal soggetto sorvegliato¹²⁵.

In assenza di una puntuale previsione di carattere generale dell'obbligo di sorveglianza, a meno di non violare specifiche disposizioni di parte speciale (configuranti reati omissivi propri) e risponderne in tale sede, il sorvegliante non dovrebbe essere punito al pari del garante.

Vero è, tuttavia, che spesso ragioni di giustizia sostanziale vengono fatte prevalere nel timore che si registri un'iniquità nella mancata punibilità di un soggetto qualificato, dotato di poteri di controllo e di intervento, seppur più limitati rispetto a quelli del garante.

125 I. LEONCINI, *op. cit.*, pp. 155-156.

6. Il principio di legalità e l'esigenza di tassatività nella definizione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento

La previsione di obblighi giuridici di impedire l'evento è affetta da una certa carenza di legalità¹²⁶. Essa si giustifica in funzione del fatto che le relazioni umane implicano, spesso, un certo grado di affidamento senza una necessaria presenza di fonti normative che si esprimano in tal senso.

Ciò induce a ritenere come la disciplina prevista dall'art. 40, c. 2, c.p. rappresenti «uno dei casi più clamorosi di creazione giudiziale delle fattispecie penali»¹²⁷.

Infatti, l'obbligo di garanzia in ossequio al principio di riserva di legge andrebbe ricostruito in base non a norme morali o a mere situazioni fattuali, bensì la sua giuridicità imporrebbe un ancoraggio ad una fonte che stabilisca con sufficiente determinatezza il contenuto dell'obbligo, specificando coloro i quali siano tenuti ad assolverlo¹²⁸.

Occorre dunque che il garante sia dotato di un preesistente potere-dovere impeditivo rispetto alla situazione di pericolo, che tali poteri siano realmente impeditivi e che, nella specifica situazione di fatto considerata, l'azione sia idonea a scongiurare il verificarsi dell'evento; altrimenti, varrebbe il principio per cui ad *impossibilia nemo tenetur*.

L'esigenza di tassatività impone, inoltre, un vincolo per il legislatore, costringendolo ad una formulazione precisa della fattispecie con riguardo anche ai limiti imposti dalla sanzione penale¹²⁹.

Restano esclusi, dunque, generici doveri sanciti da principi generali, anche di rango costituzionale, quali sono quelli di solidarietà richiamati dall'art. 2 Cost., i quali non possono essere invocati a fondamento della punibilità per il singolo reato¹³⁰.

Sembra opportuno richiamarsi già in questa sede ai Progetti di riforma che si ispiravano alla necessità di positivizzare le posizioni di garanzia, nel senso di delimitare le fonti idonee a individuarle.

126 F. PALAZZO - R. BARTOLI, *Corso di Diritto Penale. Parte generale*, X° ed., Torino, 2024, p. 283.

127 COMMENTARIO BREVE AL CODICE PENALE G. FORTI - S. RIONDATO - S. SEMINARA, VII° Ed, 2024, p. 192.

128 F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2001, pp. 340-341.

129 F. BRICOLA, *Articolo 25, secondo e terzo comma* in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli in *For. it.*, 1981, pp. 300 ss.

130 G. GRASSO, *op. cit.*, p. 258; I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 52.

Si pensi, a questo proposito, al Progetto di Riforma Pagliaro, risalente al 1991, che all'art. 11 (rubricato Reati omissivi) suggeriva di equiparare il non impedire l'evento al cagionarlo solo sotto il presupposto di un obbligo giuridico attuale di garanzia dell'interesse tutelato dalla legge, e prevederne, al contempo, che la violazione degli obblighi giuridici di sorveglianza fosse punibile solo in quanto espressamente prevista come reato.

Venivano, inoltre, previsti i rispettivi titolari degli obblighi di garanzia e di sorveglianza, stabilendo che solo questi ultimi fossero privi di reali poteri impeditivi e come tali giuridicamente tenuti a sorvegliare per conoscere della commissione di reati e, comunque, ad informarne il titolare del bene o il garante.

Successivamente, il Progetto di riforma Grosso, risalente al 2001, delimitava in termini inequivoci le posizioni di garanzia, stabilendo che la loro fonte dovesse essere necessariamente rinvenibile nella legge. Infatti, all'art. 16 (rubricato Posizioni di garanzia), si leggeva:

«1. Le posizioni di garanzia rilevanti ai fini della responsabilità penale per omissione sono stabilite dalla legge con disposizione espressa.

2. I doveri inerenti alle posizioni di garanzia sono determinati in conformità alla disciplina speciale delle situazioni considerate».

Il contenuto degli obblighi di garanzia - nei soli settori ritenuti rilevanti - venne poi specificato nei successivi artt. 17-23. Una simile impostazione non può che prestare il fianco a riserve critiche, in quanto pare assolutamente arbitrario stabilire quali siano i settori ritenuti rilevanti, tenuto conto della moltiplicazione di garanti che in tempi coevi a quelli della riforma neppure esistevano.

Con ciò si sarebbe assistito ad un vuoto di tutela che viene colmato altrettanto arbitrariamente dalla giurisprudenza ¹³¹.

Nella direzione di una sintesi tra i due progetti di riforma succitati si mosse il Progetto Nordio risalente al 2005, il quale focalizzandosi sull'effettività dei poteri che il garante dovesse possedere affinché fosse nelle condizioni di scongiurare l'evento lesivo,

¹³¹ Si pensi al settore degli *internet provider*: Cass. pen., sez. V, 8.11.2018, n. 12546 in *Ius pen.*, 2019. Nella sentenza citata, il blogger venne assolto in quanto, reso edotto dell'offensività della pubblicazione, intervenne tempestivamente per rimuovere il post offensivo; cfr.: Sent., CEDU, 9.03.2017, *Pihl vs Svezia*.

suggeriva di escludere l'equiparazione fatta propria dall'art. 40, c. 2, c.p. nei casi in cui il soggetto fosse privo di reali poteri di impedimento, e di escluderne la responsabilità quando l'evento si sarebbe ugualmente realizzato anche nel caso di assolvimento dell'obbligo.

Peraltro, qui l'esigenza di legalità, di cui si discute parrebbe accentuata dalla previsione dell'art. 9 del Progetto, dove si pretende che l'obbligo debba essere espressamente stabilito dalla legge e nei limiti da essa determinati; il contenuto potrà essere specificato da regolamenti, provvedimenti giurisdizionali, ordini, contratti o altre discipline¹³².

Lo stesso Progetto, al pari del più risalente Progetto Pagliaro, proponeva di distinguere l'obbligo giuridico di impedimento dagli altri obblighi di attivarsi, i quali sarebbero rimasti puniti solo nei casi espressamente stabiliti dalla legge.

Infine, il Progetto Pisapia, risalente al 2007, che all'art.13, comma 2, suggeriva di prevedere che il non impedire l'evento sia equiparato al cagionarlo sempre che: «a) sia stato violato un obbligo attuale di garanzia del bene giuridico; b) il titolare dell'obbligo giuridico di garanzia sia in possesso dei poteri giuridici e di fatto idonei ad impedire l'evento; c) l'obbligo di garanzia sia istituito dalla legge e, nei limiti da essa determinati, possa essere specificato da regolamenti, provvedimenti della pubblica autorità, ordini o atti di autonomia privata»¹³³.

I fallimenti di questi progetti e, più in generale, le variegate manifestazioni della vita sociale mostrano un'inevitabile frammentarietà del diritto ed in particolare della legge, incapace essa di pre-vedere tutte le fattispecie significative, suscettibili di fondare tante omissioni quanto è dato rinvenirne nella realtà.

Se così è, la clausola di equivalenza legata alle già fattispecie penali esistenti sembrerebbe sufficiente ad integrare e colmare eventuali vuoti di tutela.

Tuttavia, l'art. 40, c. 2, c.p. rappresentando una clausola generale di incriminazione suppletiva, va ben oltre la funzione di colmare vuoti di tutela¹³⁴.

Essa agisce come un autentico “moltiplicatore” di fattispecie penali attraverso un'operazione, sia pure lecita, di gemmazione da una fattispecie incriminatrice base,

132 A. PAGLIARO, *Il reato nel Progetto della Commissione Nordio* in *Cass. pen.*, 2005, 1, pp. 4 ss.

133 C. F. GROSSO, *Brevi considerazioni d'insieme e di dettaglio sul lavoro della Commissione Pisapia* in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 10, pp. 1389 ss.

134 D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e “Nullun Crimen”. Il problema delle clausole generali nel diritto penale* in *Leg. pen.*, 5.06 2017, p. 19.

estendendo la tipicità a condotte altrimenti atipiche attraverso l'equiparazione tra il non impedire e il cagionare l'evento.

La clausola viene definita “ellittica” per via del suo ampio non detto: la disposizione tace sui criteri di individuazione degli obblighi giuridici di impedimento, rimandando implicitamente a un substrato dogmatico, giurisprudenziale e dottrinale senza il quale la categoria perderebbe sostanza normativa.

Questa indeterminatezza si traduce in un'implicita delega al giudice, chiamato a compiere un'operazione di chiusura della fattispecie *ex post*, individuando la posizione di garanzia e i limiti della responsabilità omissiva¹³⁵.

Come precedentemente richiamato nei Progetti di riforma, della correttezza di una simile operazione è lecito dubitarne; la stessa configurazione della fattispecie omissiva, la genericità del requisito della giuridicità dell'obbligo hanno interrogato intere generazioni di studiosi per inverarsi in tempi recenti nel massimo terreno di scontro col principio di legalità¹³⁶.

L'incertezza sulla qualità della norma incide senza dubbio sulla prevedibilità della decisione giudiziaria.

Come sottolineato dalla giurisprudenza sovranazionale, l'accessibilità e la decifrabilità del precetto penale sono garanzie fondamentali¹³⁷: nel reato omissivo improprio, il rischio è che la mancata tipizzazione legislativa degli obblighi impeditivi renda la punibilità “incalcolabile” per il destinatario al momento della condotta, pregiudicando, così, anche il principio di colpevolezza.

135 L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forma di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, pp. 59 ss.

136 Si allude al fenomeno delle c.d. “posizioni di fatto” vd. *cap. IV*.

137 Sent. CEDU, 21.10.2013, *Del Rio Prada c. Spagna*; in senso conforme: Sent. CEDU, 14.04.2015, *Contrada c. Italia*, ove analogamente a quanto asserito nella prima decisione si afferma «la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se dal caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti»

7. Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: cenni

Nell'ambito di strutture gerarchiche lavorative di particolare complessità, risulta centrale il ruolo rivestito dall'art. 40 c.p. In particolare, i settori nei quali con maggiore frequenza si registrano decisioni fondate sull'imputazione causale omissiva sono quello dell'attività d'impresa - che a seguito del D.lgs 231 /2001 vede meglio distribuita la responsabilità in punti organizzativi in cui si concentrano i poteri di gestione e prevenzione del rischio - e quello dell'attività d'equipe medico-chirurgica, connotata da una successione di posizioni di garanzia a tutela della vita del paziente ¹³⁸.

Quanto al primo profilo, la giurisprudenza ha ormai a più riprese affermato che, ai fini dell'individuazione del garante nelle strutture complesse, occorre fare riferimento al soggetto espressamente deputato alla gestione del rischio.

Risulta comunque generalmente riconducibile alla sfera di responsabilità del preposto l'infortunio occasionato dalla concreta esecuzione della prestazione lavorativa, a quella del dirigente il sinistro riconducibile al dettaglio dell'organizzazione dell'attività lavorativa e a quella del datore di lavoro l'incidente derivante dalle scelte gestionali ¹³⁹. Insomma, la sicurezza del lavoratore - definito come la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito di un'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato - è affidata alle scelte preventive espressione di un disegno aziendale ¹⁴⁰.

Ad infittire ulteriormente il quadro, si aggiunga che esistono realtà lavorative multidatoriali che vedono, cioè, impiegati per più unità produttive diversi datori di lavoro senza che questi rivestano necessariamente la qualità di titolare del rapporto di lavoro, in quanto siano dotati dei necessari poteri di decisione e di spesa.

Se così è, l'odierno tessuto sociale vede il rincorrersi di una pluralità di figure, tutte deputate alla gestione di un rischio di cui risultino competenti.

138 C.E. PALIERO, *Il sistema penale*, I° ed., Milano, 2024, pp. 229-230.

139 Cass. pen., sez., 31.08.2018, n. 39324 in *CED Cass. pen.*, 2018., che ha annullato la sentenza di merito con cui apoditticamente era stata affermata la responsabilità penale di un datore di lavoro a prescindere dai profili di colpa, omettendo di considerare l'uso improprio del macchinario da parte del lavoratore. In senso conforme: Cass. pen., sez. IV, 4.04.2017, n. 22606 in *CED Cass. pen.*, 2017, Rv. 269972; Cass. pen., sez. IV, 9.11.2017, n. 52536 in *CED Cass. pen.*, 2018, Rv. 271536.

140 L. CORNACCHIA, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi all'individuazione dei soggetti penalmente responsabili* in *Ind. pen.*, 2013, pp. 263 ss.

Il rischio delle società tecnocratiche è quello «di vedere trasformata la responsabilità soggettiva delle persone in responsabilità oggettiva-sistematica ascritta a precostituiti centri di imputazione»¹⁴¹. La tendenza attuale che si può registrare, a partire da una attenta ricognizione della giurisprudenza, è quella dell'estensione della posizione di garanzia del datore di lavoro quasi a prescindere dall'esistenza in concreto di una relazione tra il potere di signoria del garante e il bene giuridico offeso¹⁴².

Ciò emerge limpidamente dall'applicazione del principio di effettività, in cui si privilegiano gli effettivi poteri decisionali e di spesa di chi assuma un ruolo di dirigenza, ammettendo ormai da tempo, sia sul piano legislativo (art. 299 Dlgs. 81/2008) che su quello giudiziale, la figura del dirigente di fatto¹⁴³.

Tuttavia, dal sistema prevenzionistico non può nemmeno ritenersi esente lo stesso lavoratore vittima dell'infortunio, dovendosi riscontrare un sempre più partecipato modello di organizzazione¹⁴⁴. La fisionomia di tale ruolo è andata assumendo una importanza sempre più significativa, potendo trovare numerosi appigli normativi - come d'altronde il più generico art. 20 Dlgs 81/2008 - che impongono al lavoratore numerosi obblighi, quali quelli di segnalazione delle deficienze dei mezzi o delle situazioni di pericolo di cui venga a conoscenza o l'obbligo di partecipare ai programmi di formazione. Se è vero che il diritto del lavoro ha dimostrato di produrre, sul piano normativo, nuovi anticorpi per fronteggiare realtà nuove come quella del lavoro agile grazie alla L. 81/2007, la riduzione del potere organizzativo del datore di lavoro in luogo di una maggiore facoltà di scelta riservata al lavoratore sul luogo della prestazione ha reso, però, certamente più arduo ricostruire la posizione di controllo del datore di lavoro in relazione alla sua fonte di pericolo¹⁴⁵.

In altre parole, se la scelta del luogo di svolgimento della prestazione lavorativa può essere rimessa alla libertà del lavoratore, che ne è di quel potere-dovere di controllo che

141 D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, pp. 153 ss.

142 D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?* in *Arch. pen. (web)*, 2019, fasc. 2, pp. 4 ss.

143 Cass. pen., Sez. Un., 24.04.2014, n. 38343 in *Dir. pen. cont.* 19.09.2014. In senso conforme: Cass. pen., sez. IV, 15.05.2019 n. 20837 in *CED Cass. pen.*, 2020.

144 M. MANTOVANI, *Responsabilità per inosservanza degli obblighi istituiti dal d.lgs. n. 626 del 1994, e principio di affidamento* in *Ambiente, Salute e Sicurezza*, Torino, 1997, pp. 295 ss.

145 S. TORDINI CAGLI, *Sfere di competenze e nuovi garanti: quale ruolo per il lavoratore?* in *Leg. pen.*, 2020, p. 11.

il datore di lavoro sarebbe obbligato ad esercitare? Sebbene vi siano degli obblighi informativi, vi è chi ha segnalato come questi sarebbero insufficienti e rischiano di rimanere del tutto ineffettivi, delegando in definitiva al lavoratore l'accertamento del luogo in cui la prestazione è resa¹⁴⁶. Sul versante, invece, della formazione, tanto più il lavoratore venga messo nella condizione di gestire consapevolmente il rischio, tanto meno il datore di lavoro sarà di esso responsabile.

Del pari in giurisprudenza si afferma che il lavoratore può assumere la veste di garante della sicurezza dei propri colleghi quando sia messo nelle condizioni di intervenire per rimuovere le possibili cause di pericolo in ragione della maggiore esperienza lavorativa¹⁴⁷. Gli obblighi di vigilanza che gravano sul datore di lavoro sono funzionali a garantire l'incolumità del lavoratore quando questi si dimostri imprudente o negligente, dando vita, in tal caso, a una condotta abnorme, imprevedibile ed eccezionale, dal carattere eccentrico, e idonea a spezzare il nesso di causalità col datore di lavoro¹⁴⁸.

Vero è che il più delle volte la giurisprudenza pretende richiedere al datore di lavoro più di quanto non gli sia realmente possibile¹⁴⁹, negando l'abnormità di quei comportamenti che avrebbero dovuto essere preveduti dal garante attraverso, ad esempio, un maggiore sistema di cautele¹⁵⁰.

Si badi che l'esclusione dell'abnormità del comportamento del lavoratore non comporta l'automatica sussistenza della responsabilità del titolare della posizione di garanzia, dovendosi procedere sia nel senso di accertare la regola cautelare violata che in quello della concretizzazione del rischio, e infine tenere conto dei principi di autoresponsabilità del lavoratore e di affidamento del datore di lavoro¹⁵¹.

146 S. CAPONETTI, *L'obbligazione di sicurezza al tempo di industry 4.0*, 2018, p. 48.

147 Cass. pen., sez. IV, 2.11.2018, n. 49886 in *CED Cass. pen.*, 2019.

148 Cass. pen., sez. IV, 12.09.2019, n. 37765 in *CED Cass. pen.*, 2020.

149 O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, pp. 50 ss.

150 Cass. pen., sez. IV, 14.07.2025 n. 25729 in *CED Cass. pen.*, 2026, relativa al tragico incidente verificatosi sull'autostrada Napoli-Canosa: in tale pronuncia la Corte ha affermato la responsabilità dell'amministratore delegato per carenze nella manutenzione delle barriere di sicurezza, valorizzando la posizione di garanzia fondata su obblighi di vigilanza e controllo di carattere generale. In senso conforme: Cass. pen., sez. IV, 01.8.2018, n. 37106, nella quale un lavoratore aveva avuto accesso a un'area transennata, tramite un comportamento negligente, ma l'infortunio venne comunque ricondotto all'omissione da parte del garante di cautele poiché la recinzione risultava agevolmente superabile; l'addebito consisteva «nel non aver apprestato un sistema di transennatura che impedisse l'ingresso nell'area o comunque un dispositivo che impedisse il funzionamento del macchinario, bloccandone il movimento al momento dell'ingresso nell'area interdetta»

151 Cass. pen., sez. IV, 21.11.2025, n. 1909 in *CED Cass. pen.*, 2026; In senso conforme: Cass. pen., sez. IV, 10.07.2025, n. 29235 in *CED Cass. pen.*, 2026.

Il garante originario rispetto alla tutela nei luoghi di lavoro è rappresentato dal datore di lavoro, come discende all'art. 2, comma 1, lett. b), D.lgs. n. 81 del 2008, così come modificato e integrato dal D.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, secondo cui egli è il «titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva, in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa».

Cionondimeno, affinché potessero tutelarsi più efficacemente determinati beni giuridici, il legislatore intervenne prevedendo all'art. 16 del D.lgs. 81/2008 lo strumento della delega di funzioni consentendo di coinvolgere altre persone nell'adempimento dell'obbligazione di garanzia¹⁵².

Si badi, però, che lo strumento della delega di funzioni non determina un'integrale cessione della posizione di garanzia, bensì assume connotati diversi, divenendo un obbligo di vigilanza e controllo sull'operato del soggetto delegato (art. 16, c. 3 D.lgs. 81/2008). In altre parole, la sua posizione di garanzia, in presenza di segnali di inadempimento del soggetto delegato, si “riespande” tornando ad assumere in via primaria e principale l'obbligazione di garanzia inizialmente rivestita.

In materia di infortuni sul lavoro, gli obblighi di prevenzione, assicurazione e sorveglianza gravanti sul datore di lavoro possono essere trasferiti con conseguente subentro del delegato nella posizione di garanzia che fa capo al delegante, a condizione che il relativo atto di delega ex art. 16 D.lgs. n. 81 del 2008 riguardi un ambito ben definito e non l'intera gestione aziendale, sia espresso ed effettivo, non equivoco ed investa un soggetto qualificato per professionalità ed esperienza che sia dotato dei relativi poteri di organizzazione, gestione, controllo e spesa¹⁵³.

Si tratta di requisiti stringenti, non altrimenti sostituibili, in relazione ai quali grava sul datore di lavoro un preciso onere dimostrativo¹⁵⁴.

A differenza della delega che comporta il subentro del delegato nella posizione di garanzia che fa capo al delegante a condizione che il relativo atto di delega investa

152 A. PICCALUGA, *La posizione di garanzia datoriale del consiglio di amministrazione tra delega di funzioni e delega di gestione* in *Sist. pen.*, (web), 29.01.2025.

153 Cass. pen., sez. IV, 6.11.2024, n. 40682 in *CED Cass. pen.*, 2025.

154 Cass. pen., sez. IV, 6.04.2023, n. 30167 in *Guida al diritto*, 2023, p. 31.

persona dotata delle necessarie competenze e dei relativi poteri decisionali e di intervento, il conferimento dell'incarico mantiene, invece, inalterati i poteri così come gli obblighi gravanti sul titolare della posizione di garanzia, il quale risponde in prima persona dell'inosservanza degli obblighi connessi alla carica, comunque derivanti dal mancato esercizio dei relativi doveri di controllo delle attività demandate ai terzi.

Il legale rappresentante di una società risponde, pertanto, del reato di gestione non autorizzata di rifiuti (art. 256 D.lgs. n. 152/2006) anche nel caso in cui la gestione societaria sia, di fatto, svolta da terzi, gravando sullo stesso i doveri positivi di vigilanza e di controllo sulla corretta gestione della medesima società in virtù della carica ricoperta¹⁵⁵.

Di notevole rilievo, infine, la posizione di garanzia assunta dal preposto alla sicurezza, il quale risponde degli infortuni occorsi ai lavoratori tutte le volte in cui sia titolare dei poteri necessari per impedire l'evento lesivo in concreto verificatosi¹⁵⁶ e la cui omissione del dovere di vigilanza, come discendente dall'art. 19, c. 1, lett. a), del Dlgs. 9 aprile 2008, n. 81, integra profili di responsabilità penalmente rilevanti in caso di evento lesivo¹⁵⁷. Si aggiunga, che, a seguito del rafforzamento dei poteri di questa figura, operato per mezzo della L. 215/2021, egli gode del potere di interrompere immediatamente l'attività lavorativa in caso di pericolo, il che trasforma il preposto in un soggetto attivo nella gestione del rischio.

Se fino ad oggi le sentenze in materia di sicurezza sul lavoro si sono concentrate principalmente sulla responsabilità del datore di lavoro e del dirigente, a seguito di una recente sentenza storica, destinata ad avere notevoli ripercussioni in materia di formazione e organizzazione aziendale, viene dato particolare rilievo al preposto tracciando un confine netto tra la mera presenza formale e l'effettivo esercizio delle funzioni di garanzia¹⁵⁸.

¹⁵⁵Cass. pen., sez. III, 31.05.2019, n. 47822 in *Rass. dir. farm.*, 2020, 2, p. 281.

¹⁵⁶Cass. pen., sez. IV, 2015 n. 12251 in *CED Cass. pen.*, 2016.

¹⁵⁷Peraltro, ciò risulta pacifico anche a seguito di recenti pronunce, quali: Cass. pen., sez. IV, 1.10. 2025, n. 32520 in *CED Cass. pen.*, 2026, riguardante il caso della caduta da una scala a pioli priva di trattenute alla base, evento che determinò gravi lesioni per il lavoratore e la cui condotta era stata passivamente tollerata dal preposto

¹⁵⁸Cass. pen., sez. IV, 4.08.2025, n. 28427 in *CED Cass. pen.*, 2026., nella quale viene affermata la responsabilità per omesso impedimento dell'evento a carico di due preposti per omicidio colposo, in un caso di infortunio mortale sul lavoro: nella specie, un meccanico rimase schiacciato tra un carrello elevatore e un autobus guasto a seguito dello spostamento del mezzo, comportamento, questo, espressamente vietato dal Documento di Valutazione dei Rischi.

Per completezza, si aggiunga che nei sistemi organizzativi del settore medico si assiste a un ampliamento della responsabilità per fatto proprio e colpevole, in quanto si parte dal presupposto di poter confidare sul dovere di intervento spettante a qualsiasi altro membro del gruppo, anche se collocato in una posizione subalterna¹⁵⁹.

Si pensi al conteggio delle garze in campo chirurgico, che le linee guida prevedono debba essere fatto separatamente da due persone, senza che nessuno degli incaricati possa presumere che chi ha confezionato il pacco lo abbia fatto in modo esatto e neppure che il collega addetto si sia comportato diligentemente.

In tali circostanze, l'inquadramento della responsabilità del medico dell'equipe riguarda più ingenerale la problematica del concorso omissivo nel fatto omissivo¹⁶⁰.

La giurisprudenza ha affermato, inoltre, che gli obblighi impeditivi e di controllo che derivano dalle posizioni di garanzia non vengono meno per il solo fatto che vi siano altri soggetti gravati da autonomi e concorrenti obblighi, e permangono fino a quando non si esaurisce il rapporto che ha legittimato la costituzione della singola posizione di garanzia¹⁶¹. Così, il medico che effettua e porta a termine la prestazione di sua competenza esaurisce il rapporto sottostante la sua posizione di garanzia, alla quale subentra quella del sanitario che prende in carico il paziente assumendo la gestione del rischio di propria competenza¹⁶². Ove uno dei medici, nel corso dell'operazione, non dovesse condividere le modalità dell'intervento, basterebbe dare atto espressamente di tale dissenso per esimersi da responsabilità¹⁶³.

159 G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse* in *Leg. pen.*, 3.02.2020, p. 15.

160 D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, pp. 147 ss.

161 Cass. pen., sez. IV, 9.04.2019, n. 24372 in *Rv.* 276292-02.

162 Cass. pen., sez. IV, 4.07.2025, n. 26842 in *Dejure it. (web)*.

163 Cass. pen., sez. III, 29.09.2015, n. 43828 in *CED Cass. pen.*, 2016, *Rv.* 26526001.

Capitolo IV

Le posizioni di fatto

Sommario: 1 Premessa. - 2 L'assunzione volontaria della posizione di garanzia: inquadramento dogmatico. - 2.1 L'assunzione volontaria in ambito sportivo. - 2.2 Il soccorso volontario nelle emergenze. - 2.3 Il requisito della "spontaneità" nella giurisprudenza di legittimità. - 2.4 L'assunzione volontaria della posizione di garanzia nei reati contro la libertà sessuale. - 3. Le posizioni di garanzia da "contatto sociale" qualificato. - 3.1 *Segue.* Il contatto sociale qualificato nella giurisprudenza penale. 4. Le posizioni di fatto residue: Considerazioni generali. - 4.1 Il fatto quale materiale disponibilità della cosa. - 4.2 Il fatto come dovere di custodia degli animali. - 4.3 Il fatto come dovere di custodia delle persone e coabitazione. - 4.4 Il fatto come "prossimità" o vicinanza alla fonte di pericolo. - 4.5 Il fatto: un tentativo di inserimento in un catalogo chiuso. - 4.6. Il fatto come serbatoio di doveri solidaristici e principio di autoreponsabilità. - 4.7 Il fatto quale criterio integrativo in assenza di valide fonti giuridiche formali. - 4.8 Il fatto come rapporto di ospitalità: il caso Vannini.

1. Premessa

In base alla teoria generale del reato, la nozione di "fatto" rappresenta un mero presupposto della condotta che nei reati omissivi - in particolare nell'omissione di soccorso - deve preesistere al dovere di intervento¹.

Nei reati omissivi propri tale situazione fattuale viene spesso descritta già nella fattispecie incriminatrice: nell'omissione di soccorso, ad esempio, essa coincide con "lo stato di pericolo in cui versa la persona bisognosa di aiuto"².

Il fatto va inteso, dunque, come accadimento³, (si pensi all'inabissamento di un corpo in mare) che costituisce il presupposto della condotta di attivazione dell'agente.

Tuttavia, affinché si configuri un reato omissivo improprio, l'accadimento fenomenico non è sufficiente; occorre un preesistente rapporto giuridico tra l'autore e il bene alla situazione di pericolo che renda attuale e concreto l'obbligo penalmente sanzionato ex art. 40 c. 2, c.p.⁴.

1 G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 76.

2 A. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993, pp. 202 ss.

3 *Voce Fatto* in *Enc. Treccani (web)*.

4 G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 185.

In questa prospettiva, la nozione di fatto non può considerarsi un elemento normativo della fattispecie nel senso di “fonte” del dovere, bensì unicamente come situazione tipica che attualizza un obbligo la cui legittimazione deve necessariamente rintracciarsi altrove, ovvero in una fonte giuridica formale preesistente⁵.

Il fatto, quale presupposto della condotta (*facere quod debetur*), rappresenta pertanto solo il “pulsante” attraverso cui un soggetto - già obbligato - si avvede della situazione di pericolo e interviene per impedire il verificarsi dell'evento lesivo, in quanto dotato concretamente di poteri-doveri impeditivi e non meramente sollecitatori.

Questo meccanismo di innesco psicologico attualizza il dovere giuridico di attivarsi nell'omittente⁶ e gode, dunque, anche di una componente soggettiva oltre che oggettiva. Mentre nei reati di azione l'obbligo risulta incondizionato, in quanto dipende da norme di divieto (non si potrebbe affermare, infatti, che il divieto di uccidere sia condizionato dall'esistenza di un presupposto di fatto, dovendosi intendere permanentemente operante), l'obbligo di agire derivante da un comando è per sua natura condizionato al verificarsi di una certa condizione⁷.

La situazione tipica include, oltre a tale condizione meramente fattuale, altri presupposti che rendono attuale l'obbligo di attivarsi; essa indica anche «lo scopo dell'azione dovuta e l'oggetto su cui essa deve attuarsi»⁸.

La posizione di garanzia non può, però, coincidere con il “fatto”, né potrebbe derivare da una situazione materiale di “prossimità” alla fonte di pericolo o di vicinanza: concetti, questi, eccessivamente elastici che sono stati impiegati dalla giurisprudenza di legittimità - specie nel corso degli ultimi anni - accreditando un filone giurisprudenziale incompatibile col nostro ordinamento; di qui l'urgenza e l'attualità della tesi.

Nel corso della trattazione si darà atto dell'apprezzabile tentativo della giurisprudenza di ricostruire *ex post* la giuridicità dell'obbligo impeditivo attraverso il richiamo ad una fonte extrapenale, come avviene per l'art. 2028 c.c. nell'assunzione volontaria.

Appare, per contro, meno condivisibile la silenziosa operazione di accogliere il criterio del “contatto sociale qualificato” quale fonte dell'obbligo di garanzia, sulla scorta di una

5 D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria generale del reato*, Milano, 1976, pp. 418-419.

6 A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. III, *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1998, p. 788.

7 N. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, Torino, 1964, pp. 331-332.

8 G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione* in *For. it.*, 2.02.1983, p. 32.

discutibile idoneità dello stesso contatto a fondare obbligazioni senza prestazione.

Appaiono, infine, di difficile inquadramento sistematico quelle forme eterodosse definibili come “contatto sociale non qualificato” dall'affidamento - non riposte in soggetti in possesso di un particolare *status*, bensì proprie di chiunque venga in contatto con beni giuridici incapaci di essere autonomamente protetti - attraverso l'impiego di criteri quali il rapporto di custodia, di ospitalità o di coabitazione, o della mera disponibilità materiale della cosa. Tali criteri, sebbene possano apparire manifestazioni volontarie di un intento protettivo idonee a fondare un'imputazione ex art. 40 c. 2, c.p. (in quanto giustificati ora con la teoria dell'assunzione volontaria, ora con quella del contatto sociale qualificato), se ne discostano sensibilmente e rappresentano una pericolosa deriva giurisprudenziale che è bene arginare.

Essi infatti rappresentano un *tertius genus* che abbraccia le prime due teorie, ma tali criteri non godono di alcuna cittadinanza nella dottrina penalistica, essendo frutto di una significativa espansione della teoria sostanzialistico-funzionale, quale orientamento maggioritario che si può registrare in giurisprudenza.

2. Assunzione volontaria della posizione di garanzia: inquadramento dogmatico

Occorre osservare che nel fenomeno dell'assunzione volontaria si celino con grande facilità situazioni che non sono del tutto equivalenti fra loro.

Infatti, parlare di assunzione volontaria postula un rapporto consensuale tra due parti assumendo, così, la veste di un negozio bilaterale, spesso senza corrispettivo, nel quale il nuovo garante si surroga al precedente nella tutela del bene giuridico.

Basti pensare, a questo proposito, alla vicina di casa che si offra di prendersi cura del minore in assenza della madre: fattispecie, questa, diversa dall'assunzione spontanea in senso proprio dell'obbligo di garanzia, che si avrebbe qualora un simile impegno venisse preso all'insaputa del garante originario⁹. Ad ogni modo, in entrambi i casi, vi sarebbe una effettiva presa in carico del bene giuridico idonea a far sorgere una posizione di garanzia e un rimprovero di colpevolezza in caso di mancato attivarsi sarebbe giustificabile solo qualora tale obbligazione fosse riconducibile tra gli obblighi giuridici di impedire l'evento previsti all'art. 40 c. 2, c. p.

⁹ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 295.

Un primo tentativo che è stato compiuto per vagliare quest'ultima possibilità, tramite il recupero della predicata formalità dell'obbligo giuridico, è avvenuto con riferimento all'art. 2028 c.c., il quale prevede il sorgere, a carico del gestore, dell'obbligazione di continuare e condurre a termine la gestione utilmente iniziata finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso.

Un simile *escamotage* avrebbe il merito di ricondurre l'obbligo di garanzia a una fonte legale, rimediando in tal modo a quell'insostenibile pretesa di giuridicità formale che l'art. 40 c. 2., c.p. richiama. Nella *negotiorum gestio* è ravvisabile, inoltre, una *ratio* comune a quella che ha ispirato i reati omissivi, vale a dire un'esigenza di solidarietà che, in assenza della temporanea incapacità del titolare del bene di provvedervi autonomamente, consente alla legge di riconoscere gli effetti della gestione, conservando l'integrità del bene da tutte quelle minacce esterne che ne sarebbero potute derivare durante il periodo di assenza del garante originario¹⁰.

Tale istituto civilistico richiede la necessaria spontaneità dell'atto assunto - come si evince dalla dizione "senza esservi obbligato" - nonché l'utilità della gestione nei confronti del *dominus* che temporaneamente risulti impossibilitato ad occuparsi autonomamente del bene¹¹.

Tuttavia, l'utilità di cui parla l'art. 2028 c.c. è richiesta soltanto nella fase iniziale, non rilevando che l'intervento possa dimostrarsi inutile o addirittura dannoso per il *dominus*, dovendo questi sopportare l'affare condotto per suo conto.

Se così è, almeno sul versante privatistico, occorre escludere la responsabilità del gestore per i possibili eventi lesivi verificatisi, laddove sotto il profilo penale occorre, invece, stabilire da che momento sorga per il gestore che si sia utilmente adoperato per la tutela del bene giuridico, l'obbligo impeditivo nascente dall'assunzione spontanea.

Altri requisiti minimi ed indispensabili affinché si possa ricondurre l'intervento del garante alla figura privatistica sono la liceità dell'attività gestoria, nonché il volontario assenso, anche in forma tacita del *dominus* a che il gestore si occupi del bene.

10 In questo senso: Cass. civ., sez. I, 9.12.2024, n. 31662 in *Mass. Giust. civ.*, 2025.

11 P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti. I rimedi restitutori*, 2008, II° ed., UTET, Torino, p. 283.

Secondo il primo profilo, sulla scia delle argomentazioni emerse nella giurisprudenza, verrebbe da interrogarsi se un obbligo impeditivo declinato in una chiave sostanzialistico-funzionale non possa in realtà sorgere anche in presenza di un contesto illecito¹². Si immagini il caso di una sottrazione consensuale di minori: benché rappresenti una situazione illecita rimediabile giudizialmente, non si potrebbe certamente dire che, nelle more della sottrazione, non sorga per il sottraente un vincolo di protezione nei confronti del minore quanto alla sua incolumità, e ciò a prescindere dal grado di parentela ovvero dai motivi che abbiano giustificato le ragioni della sottrazione.

In base, poi, al secondo profilo, già in apertura si sottolineava come un'iniziativa all'insaputa del garante originario, pur realizzando il medesimo scopo di protezione del bene giuridico, si differenzi da quelle manifestazioni di consenso (anche tacito) accordato dal *dominus* che parrebbe, in linea di prima approssimazione, richiedere l'art. 2028 c.c., ad eccezione di quanto disposto dall'art. 2031 c. 2, c.c., secondo cui il divieto del *dominus* trova un limite espresso nell'ordine pubblico o nel buon costume.

Tali situazioni vengono, tuttavia, ricomprese nel medesimo fenomeno genitivo dell'obbligo di garanzia perché, altrimenti, una stringente applicazione della disposizione civilistica rischierebbe di imbrigliare il giudice penale ove essa difettesse di alcuni requisiti essenziali.

Vero è che il fallimento di un tentativo di intervento inidoneo, a seguito dell'effettiva presa in carico del bene all'insaputa del *dominus* potrebbe invece rilevare sul versante civilistico più che giustificare l'imputazione colposa o dolosa dell'omesso impedimento ex art. 40 c. 2, c.p. Una simile operazione ermeneutica avrebbe il merito di conservare l'art. 2028 c.c. quale fonte formale extrapenale per quelle fattispecie concrete che siano realmente ad essa compatibili.

Un ultimo requisito sta nella locuzione “assume scientemente” che si ricava dalla norma suddetta, intesa nel senso della consapevolezza per il gestore dell'alienità dell'affare, il che impedirebbe l'esecuzione di un contratto nullo ove il soggetto credesse, per ignoranza, di gestire un affare proprio¹³.

12 Cass. pen., sez. VI, 3.07.2024, n. 26185 in *CED Cass. pen.*, 2025.

13 I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 307.

La critica più severa che potrebbe essere mossa quanto alla fungibilità della disposizione in esame quale fonte della responsabilità per omesso impedimento dell'evento potrebbe individuarsi nel mancato rapporto giuridico preesistente alla situazione di pericolo che rende attuale l'obbligo di attivarsi.

Nel caso della gestione di affari altrui, infatti, il gestore interviene quando ormai il pericolo per il bene tutelato si è già manifestato; se così non fosse, non si sarebbe neppure reso necessario in via spontanea l'intervento del gestore.

Se così è, parrebbe formalmente più corretto derubricare l'intervento del gestore non già come assolvimento di un obbligo di garanzia penalmente rilevante ex art 40 c. 2, c. p., ma come un mero obbligo extrapenale di attivarsi, la cui violazione risulta sanzionata civilmente da una responsabilità patrimoniale che, peraltro, consentirebbe al giudice civile di poter mitigare gli effetti per il gestore intervenendo sulla moderazione dell'entità patrimoniale del danno da liquidare al *dominus*, come emerge del resto dall'art. 2030 c.c.

Anche a volere ammettere l'ammissibilità di impiegare l'art. 2028 c.c. quale fonte extrapenale dell'obbligo di garanzia, in ambito civilistico si registra una forte disparità di vedute tra coloro che sostengono che la gestione di affari debba ricomprendere solo beni di carattere patrimoniale e chi, invece, sostiene che una prestazione di soccorso sarebbe attivabile anche in relazione a beni personali.

Da questo ultimo angolo di visuale, stante il tendenziale disinteresse dell'art. 40 c.p. per l'integrità di beni giuridici patrimoniali, la trasposizione dell'art. 2028 c.c. in sede penale - in quanto suscettibile di interpretazione analogica in altri rami del diritto - sottostà al principio di riserva assoluta di legge¹⁴. Una simile operazione ermeneutica che assuma la disposizione quale fonte extrapenale dell'obbligo di garanzia determinerebbe, in questo modo, un eclatante caso di analogia *in malam partem*.

Eppure, parte della dottrina ha comunque rinvenuto nell'art. 2028 c.c. il fondamento *ex lege* del sorgere di una posizione di garanzia¹⁵.

Tale disposizione andrebbe letta in combinato disposto con l'art. 2030 c.c., il quale precisa che il gestore dell'affare altrui è soggetto alle stesse obbligazioni che

14 I. LEONCINI, *op. ult. cit.*, p. 303.

15 In senso conforme: G. GRASSO, *op. cit.*, pp. 276 ss. In senso contrario: F. MANTOVANI - G. FLORA, *Diritto penale, Parte generale*, XII° ed., Padova, 2023, pp. 183-184.

deriverebbero dal contratto di mandato ai sensi dell'art. 1703 c.c.

Tuttavia si diceva che un'iniziativa avvenuta all'insaputa del garante originario - e cioè in assenza di alcun tipo di mandato - non rientrerebbe nello schema delineato dalla disposizione in esame; da ciò deriva l'insostenibilità dell'applicazione del 2028 c.c. in queste ipotesi.

Per tutte quelle ipotesi residuali, invece, che costituiscono un previo impegno giuridico tra il mandante impossibilitato a provvedere autonomamente alla salvaguardia del bene ed il mandatario, "la facoltatività" dell'intervento suggerita dall'art. 2028 c.c sembrerebbe escludere una situazione di doverosità antecedente alla situazione di pericolo che, invece, la responsabilità per omesso impedimento dell'evento esige.

Infatti, un requisito fondamentale dell'obbligo di garanzia è quello della necessaria preesistenza di poteri-doveri impeditivi al presupposto di fatto della situazione di pericolo che attualizza l'obbligo di intervento, allo scopo di rimuovere quel pericolo di cui si è detto. Colui che si imbatte in una situazione di pericolo per la vita e l'incolumità di un terzo estraneo, sprovvisto di poteri-doveri impeditivi, sarà destinatario soltanto di un mero obbligo di attivarsi rilevante ai sensi dell'art. 593 c.p.

Si aggiunga che piegare lo scopo di tutela dell'art. 2028 c.c. - verosimilmente cioè quello di cura dei rapporti patrimoniali tra gestore e *dominus* - ricavandone il fondamento extrapenale dell'obbligo di garanzia, appare essere un'operazione che, alla luce dei rilievi fin d'ora svolti, debba essere sconfessata.

Infine, chiunque si prodighi utilmente verso la protezione di un bene giuridico di natura personale e dovesse poi successivamente omettere di intervenire al verificarsi di situazioni di pericolo diverse ed ulteriori rispetto a quella originaria per cui è intervenuto (e che ha costituito, peraltro, il presupposto fattuale dell'obbligo di attivarsi), ricadrebbe nella fattispecie di omissione di soccorso.

Sul versante della fonte legale dell'obbligo di garanzia sorto all'insaputa del *dominus*, rimane invece abbastanza dubbia la sua riconduzione al disposto dell'art. 2028 c.c. Molteplici sono le situazioni che potrebbero prospettarsi, come il caso del parente che assuma la babysitter all'insaputa del genitore, che sarebbe meglio compatibile con la figura del contratto a favore di un terzo, in base al quale il terzo acquista il diritto contro il promittente ex art. 1411, c. 2, c.c.

Sebbene non possa escludersi che tale contratto possa determinare un obbligo extrapenale di attivarsi, la sua qualificazione in termini di responsabilità ex art. 40 c.p. difetta di alcuni requisiti quali: l'affidamento del titolare nell'intervento del terzo, nonché il trasferimento dei poteri giuridici necessari all'effettiva tutela del bene dal garante a titolo originario al soggetto obbligato.

Diversamente, il bene giuridico rimane al di fuori della sfera di controllo dell'obbligato, il quale potrebbe piuttosto agire nel senso di impedire materialmente l'evento, assumendo così la veste del soccorritore occasionale in quanto sfornito di quei poteri autenticamente impeditivi. Allora dovremmo concluderne nel senso che la stipulazione di un simile contratto, in difetto di taluni requisiti essenziali rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 40 c. 2 c. p., potrà giustificare un inadempimento contrattuale nel caso di mancato attivarsi e, in ambito penale - essendosi l'agente trovato in presenza di un pericolante - l'applicazione dell'omissione di soccorso.

Il risultato a cui si giunge all'esito di questa analisi è che, fallito il tentativo di adottare uno schema privatistico che rappresenti la matrice legale-formale dell'obbligo di garanzia tanto per l'assunzione volontaria (consensuale tacita o espressa) quanto per la sua variante "all'insaputa del garante originario", la tesi sostanzialistico-funzionale finisce per giustificare la posizione di garanzia poggiando su di un comportamento positivo dell'agente che determini o accentui un'esposizione a pericolo del bene da proteggere: ad esempio, inducendo ad affrontare un pericolo che altrimenti non si sarebbe corso, ovvero impedendo l'attivarsi di istanze di protezione alternative¹⁶.

Tale impostazione però va criticata perché, sebbene l'aumento del rischio sia implicito nelle condotte omissive, l'assenza di un preesistente rapporto di garanzia tra l'agente e il pericolante non consente di giustificare un'imputazione a titolo di reato omissivo improprio, potendosi al più farsi applicazione dell'art. 593 c.p.

16 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Manuale Diritto penale, Parte generale, IX° ed.*, Bologna, 2024, p. 652.

2.1 L'assunzione volontaria in ambito sportivo

Passando ora a verificare il vaglio di queste ricostruzioni quanto all'idoneità dell'assunzione volontaria a fondare posizioni di garanzia, un esempio celebre è quello della guida alpina. Nessuna problematica porrebbe tale figura ove l'attività sia esercitata professionalmente; infatti, essa è compiutamente disciplinata all'interno della Legge n. 6 del 1989 che, all'art. 2 stabilisce: «È guida alpina chi svolge professionalmente, anche in modo non esclusivo, e non continuativo le seguenti attività: accompagnamento di persone in ascensioni sia su roccia che su ghiaccio, escursioni in montagna, accompagnamento di persone in ascensioni sci alpinistiche o in escursioni sciistiche, insegnamento delle tecniche alpinistiche o sci alpinistiche con esclusione delle tecniche sciistiche su pista, di discesa e di fondo».

Tuttavia, tale attività può essere esercitata in forma non professionale e persino gratuitamente, con la conseguenza che il principio di affidamento subisce un alleggerimento, in quanto il soggetto accompagnato accetta di farsi carico di una parte del rischio, dovendo orientare la propria condotta in modo diligente e collaborativo¹⁷.

Il presupposto affinché possa parlarsi di posizione di garanzia penalmente rilevante sarebbe quello dell'instaurazione di un rapporto negoziale, di un negozio "atipico" nel quale il potere direttivo dell'accompagnatore ed il correlato dovere di soggezione divengono elementi essenziali del rapporto di cui si discute.

L'accompagnatore occasionale o il capogita, ad esempio, divengono titolari di una posizione di protezione nei confronti dei soggetti affidati, i quali, autoesponendosi a un rischio insito nelle escursioni, conservano integro un certo grado di autoresponsabilità che neppure l'art. 40 c. 2, c.p riesce del tutto a comprimere¹⁸.

In applicazione di ciò, il Tribunale di Bolzano assolse dal reato di omicidio colposo l'accompagnatore di una comitiva che aveva impartito precise istruzioni e ammonimenti circa la condotta da seguire; tra i partecipanti, un ragazzo diciassettenne, contravvenendo alle disposizioni degli organizzatori e deviando a loro insaputa dal

¹⁷ S. ROSSI, *Le posizioni di garanzia nell'esercizio degli sport di montagna, Alla ricerca di nuovi equilibri in tema di obblighi precauzionali e gestione del rischio* in *Dir. pen. cont.*, 7.01.2013, p. 7.

¹⁸ V. M. HELFER, *L'autoresponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio?*, in *Arch. pen.*, 2020, pp. 1 ss.

percorso prestabilito, trovò la morte in seguito alla caduta in un crepaccio¹⁹.

L'esigibilità di una condotta doverosa nei confronti del maestro di sci, ovvero dell'escursionista non professionista, verrebbe a dipendere dal grado di competenza del soggetto affidato, tanto che qualche Autore giunge a sostenere l'esistenza di «un'esclusiva area di autocompetenza sui fattori di rischio conseguenti alle proprie libere e consapevoli decisioni: con la conseguenza che, ove ne scaturissero conseguenze offensive, la persona danneggiata non potrebbe che addebitare a sé stesso quanto ha subito»²⁰.

Interessante notare che un simile indirizzo sia stato talvolta salutato con favore dalla giurisprudenza della Suprema Corte²¹, laddove in altri casi - pur in presenza di individui adulti ancorché privi di adeguate competenze tecniche indispensabili per effettuare la discesa a valle da un rifugio di montagna - la Corte ha ritenuto di affermare la responsabilità del soggetto che volontariamente aveva assunto l'incarico di coadiuvare le operazioni di discesa a bordo di una motoslitta, avendo egli trascurato di seguire un componente del gruppo, il quale, schiantatosi contro un albero a causa della neve ghiacciata e della rapidità della pista, morì sul colpo²².

19 Trib. Bolzano, 1.02.1989, n. 40 in *Dejure it. (web)*.

20 D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa in disCrimen*, 3.09.2018, p. 527.

21 Cass. pen., sez. IV, 4.09.2014, n. 36920 in *Diritto & Giustizia*, 5.09.2014.

22 Cass. pen., sez. IV, 22.05.2007, n. 25527 in *CED Cass. pen.*, 2007, Rv. 236852-01.

2.2. Il soccorso volontario nelle emergenze

Uno degli esempi più emblematici di assunzione volontaria di una posizione di garanzia è poi rappresentato dai volontari soccorritori, la cui individuazione formalmente sfugge alla legge n. 43 del 2006 che regola le professioni sanitarie.

Essa è, piuttosto, demandata alle regioni, sebbene risulti del tutto incerto lo *status* giuridico del volontario soccorritore²³. Neppure lo si ricava da una lacunosa indicazione contenuta all'art. 17 del Codice del Terzo settore, il quale si limita a vietarne qualsiasi retribuzione, se non rimborsi di spese documentate.

L'importanza di tali figure è testimoniata da un recente studio condotto nel 2019 dalla Federazione Italiana Aziende Sanitarie e Ospedaliere, che ha mostrato come, nel campione esaminato, in media solo il 15% delle ambulanze avesse personale medico a bordo, il 30% avesse un equipaggio con personale infermieristico e nel restante 55% l'equipaggio fosse composto da soli volontari e soccorritori non sanitari²⁴.

Quid iuris: cosa avverrebbe qualora uno dei soccorritori volontari, nell'esercizio della mansione esercitata liberamente, ponga in essere una condotta imprudente, imperita o negligente, o inosservante, durante le manovre di primo soccorso o di trasporto di un paziente? Secondo la giurisprudenza, sorge nei loro confronti una posizione di garanzia derivante dall'assunzione unilaterale, come quella che è stata riconosciuta all'autista dell'ambulanza il quale, pur non avendo alcun contratto con l'azienda sanitaria, gli veniva rimproverato di non aver prestato la sua collaborazione nell'assicurare il paziente con le previste cinture e nella movimentazione della barella; il paziente, cadendo nell'affrontare il piccolo scivolo che poneva in collegamento l'esterno con la c.d. camera calda del pronto soccorso dell'ospedale, riportava lesioni mortali²⁵.

Esaustive le parole della Corte che così si esprimeva: «L'imputato, infatti, a prescindere dalla qualifica formalmente ricoperta, da lungo tempo aveva assolto al compito di condurre l'ambulanza e soccorrere la persona da sottoporre ad urgente trattamento sanitario, coadiuvando l'infermiere nella movimentazione della barella, così assumendo

23 F. BALDARI - M. GABBRIELLI - A. BACCHIO, *Responsabilità civile e penale dei soccorritori volontari: Profili giuridici e prospettive di riforma* in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4, 1.08.2025, p. 855.

24 Studio Fiaso in *Quotidianosanità.it.*, 27.06.2019.

25 Cass. pen., sez. IV, 2.04.2015, n. 14007 in *CED Cass. pen.*, 2015.

il ruolo di garante»²⁶.

Allo stesso modo, la Corte di Cassazione conferma la sentenza di condanna per omicidio colposo nei confronti del capo equipaggio del 118, anch'egli volontario soccorritore, il quale, nonostante la sollecitazione del medico di guardia di chiamare l'ambulanza e l'assegnazione di un codice giallo alla paziente affetta da diarrea, ne omise il trasporto in ambulanza; trasporto che avrebbe evitato con elevata probabilità l'evento morte, in quanto la patologia di cui soffriva poteva essere diagnosticata e agevolmente curata, come del resto era emerso nell'istruttoria dibattimentale²⁷.

L'operatore, in possesso di una modesta formazione sanitaria di base, non solo aveva assunto solo parzialmente i parametri vitali (rilevando lo stato di coscienza, il respiro, il circolo e lo stato febbrile senza indicare la temperatura corporea e senza rilevare la pressione, la frequenza cardiaca e la saturimetria), ma si era persino avventurato nel fornire una “diagnosi” ai familiari circa la presenza di un virus intestinale, sottovalutando il rischio che presto ebbe a trascinare nell'evento mortale.

La Corte riteneva, dunque, che l'operatore della Croce Rossa avesse l'obbligo giuridico di attivarsi, in quanto la paziente presentava segni di un'emorragia intestinale che avrebbero indotto un soccorritore diligente ad effettuare il trasporto immediato in ospedale, come peraltro suggerito dalla guardia medica ai familiari che proprio per questo avevano chiamato il 118.

2.3 Il requisito della “spontaneità” nella giurisprudenza di legittimità

La giurisprudenza ha altresì fatto dipendere il requisito della “spontaneità” dell'assunzione della posizione di garanzia dalle ripetute ispezioni svolte nei giorni antecedenti al sinistro occasionato da un evento sismico da parte di un dirigente del settore edilizio provinciale, su cui da quel momento gravava un obbligo di collaborare alla valutazione e gestione del rischio sismico connesso alla fragilità dell'edificio scolastico²⁸. Invece, tale requisito imprescindibile allorché si voglia ricondurre l'obbligo giuridico a quello extra-penale derivante dall'art. 2028 c.c. è stato escluso con

26 In senso conforme: Cass. pen., sez. IV, 14.05.2009, n. 26033 in *CED Cass. pen.*, 2010, Rv. 244231-01.

27 Cass. pen., sez. IV, 4.07.2022, n. 25334 in *CED Cass. pen.*, 2023.

28 Cass. pen., sez. IV, 23.10.2015, n. 2536 in *CED Cass. pen.*, 2016, Rv. 265797-01.

riferimento alla fattispecie di omicidio colposo conseguente alla caduta di un albero, sul rilievo che il semplice sopralluogo effettuato da parte del funzionario agronomo del Comune nei mesi precedenti l'evento, non equivallesse ad una ispezione tecnico giuridica finalizzata alla prevenzione dello specifico rischio di crollo dell'albero e dunque ad una consapevole e unilaterale presa in carico della situazione di rischio quale garante²⁹.

Emblematico ancora il caso del conducente di un furgone, il quale assunse il compito di accompagnare un minore di anni dodici, senza però sincerarsi che questi una volta sceso dal mezzo attraversasse con cautela la strada, rimanendo travolto mortalmente da un veicolo proveniente dal senso opposto³⁰. Il sorgere della posizione di garanzia in capo al conducente prescindeva dalla qualificazione civilistica del rapporto sottostante e determinava una situazione di continuità dell'obbligo fino a che il bene giuridico non venisse a trovarsi diversamente protetto. Si riteneva, pertanto, che il conducente avrebbe dovuto sorvegliare l'attraversamento del minore, in quanto l'obbligo non sarebbe potuto cessare con la semplice discesa della persona trasportata dal veicolo.

La cessazione della posizione di garanzia sarebbe coincisa, pertanto, con il raggiungimento di una situazione di sicurezza ottenibile o con l'arrivo a destinazione di un ambiente protetto o con la consegna dell'incapace a persona idonea a proseguire nell'attività di tutela della sua incolumità. Il rischio chiamato a signoreggiare in virtù del grado di affidamento derivante dal trasporto di cortesia era innescato da una elevata prevedibilità di comportamenti imprudenti che individui di quell'età sono soliti compiere, sottovalutando i pericoli connessi alla circolazione stradale.

La sua posizione di garanzia sarebbe quindi sorta non già in forza di un negozio giuridico assimilabile al contratto di trasporto, bensì dal suo impegno spontaneamente assunto di farsi carico dei minori che trasportava.

E ancora, la posizione di controllo è stata riconosciuta assunta unilateralmente tramite comportamento concludente dalla Suprema Corte in relazione ad un caso che richiedeva che la sorveglianza dovesse esercitarsi nei confronti dei figli dei vicini di casa, sul rilievo che la proprietaria non si fosse opposta alla loro presenza sul proprio cortile³¹.

29 Cass. pen., sez. IV, 5.06.2019, n. 37224 in *CED Cass. pen.*, 2020.

30 Cass. pen., sez. IV, 21.01.2004, n. 1484 in *Foro it.*, fasc. 2, 2004, p. 424.

31 Cass. pen., sez. IV, 10.06.2010, n. 38991 in *CED Cass. pen.* 2010.

Il gioco tra i bambini del vicinato, nella fattispecie, evolse nel dare fuoco ad una spugna bagnata da cui derivarono lesioni giudicate guaribili in 40 giorni.

Risulta pacifico che la posizione di garanzia a carico della madre derivasse non dalla veste di genitrice, ma nei riguardi della vittima che le era stato affidata, sia pure tacitamente, dal padre che lo aveva lasciato giocare nel cortile di pertinenza dell'imputata, la quale non avendo espresso alcun dissenso a tale iniziativa, aveva in questo modo assunto il compito di controllare il minore affidato alla sua sorveglianza.

La Suprema Corte individua alcune ipotesi che potrebbero giustificare la posizione di controllo, stabilendo che la madre avrebbe dovuto esercitare la sorveglianza necessaria impedendo che venissero introdotti oggetti incendiari come accendini, sia dall'esterno che dall'interno del proprio cortile.

In realtà, non solo la Corte offre una giustificazione poggiando sull'eventuale natura civilistica di un atto negoziale atipico, ovvero ancora su un rapporto contrattuale di fatto che avrebbe determinato il sorgere di un'obbligazione fonte di una responsabilità contrattuale e non soltanto aquiliana «per non avere il soggetto fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vincolo». In buona sostanza, si assiste a un implicito trasferimento dei doveri di controllo originariamente spettanti al garante originario, ovvero a una loro surrettizia duplicazione in capo alla donna, per il solo fatto che quest'ultima non abbia manifestato un esplicito diniego a che i figli del vicino si trattenessero nelle pertinenze esterne dell'abitazione

Certo è che di questa decisione, a prescindere dall'esiguità della sanzione inflitta, si può cogliere una certa perplessità sia con riguardo al momento genitivo dell'assunzione della posizione di garanzia - evidentemente non più in capo al padre della persona offesa - sia con riguardo ai poteri con i quali la donna avrebbe dovuto concretamente impedire in modo così repentino l'evolversi del gioco, anche in considerazione che un accendino rappresenta un oggetto facilmente occultabile.

L'evento con tutta probabilità, sarebbe potuto essere evitato con una presenza attiva dell'imputata per tutta la durata del gioco, esercitando un potere di sollecitazione o di impulso di carattere preventivo tale da renderlo molto più simile a un obbligo di sorveglianza, e posto che il termine ormai viene riferito dalla Corte come sinonimo dell'obbligo di garanzia, risulta eccessivo gravare la vicina di un simile onere.

La giurisprudenza concorda nel ritenere che un soggetto possa dirsi titolare di una posizione di garanzia se ha la possibilità, con la sua condotta attiva, di influenzare il decorso degli eventi, indirizzandoli verso uno sviluppo adatto ad impedire la lesione del bene giuridico garantito.

La suprema Corte di cassazione condivide l'orientamento, dottrinale e giurisprudenziale, secondo il quale può assumere il ruolo di fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e, dunque, della posizione di garanzia, anche l'assunzione volontaria ed unilaterale dei compiti di tutela, al di fuori di un preesistente obbligo giuridico³².

Nuovamente, sebbene i principi sanciti dalla giurisprudenza siano stati elaborati nel comprensibile intento di colmare vuoti di tutela e nell'accordare una tutela rafforzata a beni giuridici di particolare valore quali la vita o l'incolumità fisica, un simile indirizzo mina alla certezza e alla prevedibilità del diritto e della pena.

Nell'esempio della donna condannata per lesioni colpose tramite la sua condotta omissiva, infatti, benchè ella avesse consapevolezza di un generico dovere di sorveglianza nei confronti dei figli del vicino, ciò non avrebbe potuto spingersi sino al punto di sostituire la sua responsabilità con quella del genitore; e ciò in quanto sarebbe troppo debole accordare una delega in bianco alla donna sulla base di un implicito affidamento che sarebbe stato riposto in lei senza alcuna indicazione in ordine al *quantum* e *quomodo* di tali poteri. Infatti, in tanto si potrebbe dire di essere in possesso di poteri-doveri impeditivi in quanto questi siano stati trasferiti: in che misura?

Ci si deve chiedere, allora, se il comportamento alternativo lecito della donna avrebbe potuto spingersi sino a un'invasiva attività di ispezione materiale e controllo corporale sui figli del vicino, al fine di verificare il possesso di oggetti minuti e occultabili, come un accendino. Ove si escluda la legittimità di una simile intrusione nella sfera personale di minori altrui, non si comprende in quale altra condotta, se non in una generica e totalizzante vigilanza sul gioco, avrebbe dovuto sostanziarsi l'azione impeditiva richiesta dall'ordinamento.

32 Cass. pen., sez. IV, 22.05.2007, n. 25527 in *CED Cass. pen.*, 2008, Rv. 236852-01.

2.4 Assunzione volontaria della posizione di garanzia nei reati contro la libertà sessuale

Sebbene nella giurisprudenza vi sia una sentenza che dichiara che non risponde del reato di violenza sessuale commesso da terzi in danno dei nipoti minori l'avo (nella specie, la nonna) che, consapevole di tale fatto, non si attivò per impedirlo, stante l'inesistenza a suo carico di un obbligo giuridico in tal senso, risulta che tale sentenza sia rimasta isolata³³.

Infatti, coerentemente all'orientamento ormai dominante, anche nei reati contro la libertà sessuale, grava su qualunque soggetto cui i minori risultino eventualmente affidati l'obbligo giuridico di impedire se non il verificarsi quanto meno il protrarsi di fatti delittuosi in danno dei minori, in quanto titolari di una posizione di garanzia connessa al loro dovere di tutela e sorveglianza, con la conseguenza che il non avere impedito tali eventi equivale ad avere concorso a cagionarli.

La posizione di garanzia nei riguardi della nonna rispetto agli abusi subiti dalla nipotina da parte del nonno venne fatta discendere dalla situazione negoziale di delega e di consegna della minore che avrebbe realizzato un'implicita assunzione di un obbligo di sorveglianza sulla stessa corrispondente ad una forma di assunzione volontaria del dovere di protezione. Il comportamento alternativo lecito avrebbe dovuto consistere in concreti comportamenti verso il marito volti ad impedire le condotte fino a giungere ad evitare i contatti con la minore mentre la nonna si era limitata a pronunciare frasi generiche e prive di sostanza, dimostrando, inoltre, di essere a conoscenza di quanto accadeva manifestando preoccupazione per alcune foto che la vittima aveva scattato, confermando la sussistenza della prova della volontaria omissione dei doveri di custodia e del nesso di causalità³⁴.

33 Cass. pen., sez. III, 19.07.2011, n. 34900 in *CED Cass. pen.*, 2012, Rv. 250869-01.

34 Cass. pen., sez. III, 28.07.2023, n. 32963 in *CED Cass. pen.*, 2024.

3. Le posizioni di garanzia da “contatto sociale” qualificato

La teoria del contatto sociale qualificato venne elaborata da Karl Larenz, noto civilista tedesco, il quale sosteneva che l'incontro tra due soggetti (medico-paziente, bagnino-bagnante) generi obblighi di protezione reciproca basati sulla fiducia, anche in assenza di un contratto valido³⁵.

Il tema nasce e si sviluppa quindi in seno alla dottrina civilistica e approda sino a noi, quale strumento per contrattualizzare un danno prodotto dall'inadempimento di un'obbligazione sorta in assenza di una prestazione. Tuttavia di recente, viene sostenuto che un'obbligazione in assenza di prestazione non esista, e sarebbe più opportuno parlare di assenza di un dovere primario di prestazione³⁶.

Vi sarebbero cioè un insieme di doveri specie nella fase precontrattuale nella quale si può assistere a prestazioni che hanno ad oggetto un dovere di informazione ovvero ancora di protezione. Sarebbe, dunque, la sola qualità di parte a determinare il sorgere tra i soggetti contraenti di obblighi giuridici di buona fede derivanti dal reciproco affidamento. Una voce autorevole ha sostenuto che «se la buona fede, a norma dell' art. 1337 c.c., dà vita a obblighi c.d. accessori sin dalla fase delle trattative in conseguenza dell'affidamento che in esse si genera, parimenti in situazioni di affidamento altre dalle trattative può ritenersi nascere analoga responsabilità quando detti obblighi vengano violati»³⁷. Se così fosse vorrebbe dire intendere il generico affidamento quale fonte di obbligazioni, indirizzo lecito solo in quanto sia dato analogicamente ricavare una norma di diritto positivo o costituirebbe uno spregio all'art. 1173 c.c., il quale afferma che possono essere fonte di obbligazione anche «altri atti o fatti idonei a produrli», ma prosegue la norma purché «in conformità con l'ordinamento giuridico».

Secondo certa dottrina nessuno di questi fatti che non siano stati instaurati in vista dell'esecuzione di un contratto o assimilabili a contatti negoziali costituirebbero fonti valide di obbligazione³⁸. Ciò in quanto il semplice richiamo al contatto sociale non può dirsi sufficiente poiché le obbligazioni senza dovere primario di prestazione debbono essere fondate sull'analogia della fattispecie di volta in volta considerata con fattispecie

35 K. LARENZ, *“Culpa in contrahendo”, Verkehrssicherungspflicht und “sozialer Kontakt”* in *MDR*, 1954, pp. 515 ss.

36 A. ZACCARIA, *La “teoria” del “contatto sociale”* in *Studium Iuris*, n. 5, 1.05.2018, pp. 592 ss.

37 C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, ristampa emendata, Milano 2015, p. 145.

38 F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, Torino, 2015, pp. 123-124.

già regolate. A ritenere diversamente, il contatto e più in generale il principio di affidamento sorto da esso, costituirebbero fonti extralegali di produzione di un'obbligazione del tutto sconosciute nel nostro ordinamento³⁹.

La giurisprudenza è di altro avviso affermando che il contatto sociale possa costituire fonte di obbligazione purchè esso sia "qualificato" dall'affidamento.

Beninteso, il termine affidamento è stato dapprima riferito soltanto ad alcune categorie di professionisti o di agenti quali il medico, che in possesso di determinati requisiti generi un legame di affidamento nei confronti di coloro che vengano con lui a contatto. Tuttavia, poiché sarebbe illogico non riconoscere capacità tecniche anche nei confronti di un conducente di un autoveicolo, ovvero in estremo di chi guidi una bicicletta, in applicazione del medesimo criterio si dovrebbe ritenere che una responsabilità da contatto sociale sorga anche a seguito di un investimento, e ciò in quanto il pedone fa affidamento sulle competenze di guida degli automobilisti e sui conducenti di veicoli.

La teoria del contatto sociale qualificato ricevette riscontri nella giurisprudenza a partire dalla fine degli anni '90 per cercare di parificare la posizione giuridica del medico operante all'interno di un ente ospedaliero a quella del libero professionista⁴⁰.

Successivamente, il contatto sociale è stato impiegato per giustificare la responsabilità dell'insegnante per il danno che l'alunno si procura da sé in quei casi in cui «appare più corretto ricondurre la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non già nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con conseguente onere per il danneggiato di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., bensì nell'ambito della responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione del regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c.»⁴¹.

Si osservi che mentre l'elemento qualificante il contatto sociale era da individuare nello «status rivestito dal danneggiante»⁴² - requisito ritenuto necessario ed indispensabile da Carlo Castronovo, al quale si deve il merito di aver introdotto tale teoria nel nostro sistema mutuandola dall'ordinamento tedesco - tuttavia, nel corso del tempo, il concetto

39 A. ZACCARIA, *Rappresentanza apparente e "contatto sociale": considerazioni circa il ruolo dell'affidamento nel diritto civile italiano* in *Studium Iuris*, 2016, pp. 1161 ss.

40 Cass. civ., sez. III, 22.01.1999, n. 589 in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 830.

41 Cass. sez. un., 27.06.2002, n. 9346 in *Studium Iuris*, 2002, p. 1514.

42 C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione* in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 698.

di affidamento finì per interessare molteplici categorie di soggetti in cui assunse rilevanza «l'accentuazione del rischio di danno determinato dalla relazione, intesa come prossimità intenzionale delle sfere giuridiche dei contraenti»⁴³.

Un caso meritevole di menzione riguardante soggetti non in possesso di requisiti professionalizzanti quali quelli richiesti nell'ambito della professione medica è quello in cui è stata riconosciuta la responsabilità risarcitoria dei proprietari di una macchina agricola per i danni subiti da colui che, senza essere legato da alcun rapporto obbligatorio preesistente ai proprietari, e dunque a mero titolo di cortesia, aveva tentato di regolare il macchinario in questione, venendo per questo coinvolto in un infortunio letale⁴⁴.

La Corte sosteneva che la presenza di un obbligo giuridico di attivarsi avrebbe dovuto essere riconosciuta in tutte quelle situazioni in cui «possa sussistere un dovere di solidarietà adeguatamente qualificato secondo la coscienza sociale del momento storico». E poiché l'interpretazione di un simile sentimento è rimesso al prudente apprezzamento della Corte, ciò determina un eclatante ampliamento delle possibili fattispecie di responsabilità extracontrattuale.

Invero, secondo una ricostruzione l'area di responsabilità da contatto sociale non possiede elementi capaci di distinguersi dalle situazioni di interferenza della sfera giuridica altrui regolate dall'art. 2043 c.c.⁴⁵. Cionondimeno, tale contatto involge anche l'area della responsabilità precontrattuale persino nel caso di un mero comportamento della pubblica amministrazione che generi un incolpevole affidamento del beneficiario nella sua legittimità, affidamento inteso come situazione giuridica soggettiva concretamente lesa dalle condotte della pubblica amministrazione.

Infatti, un'importante ordinanza delle Sezioni Unite stabilisce che la responsabilità per il risarcimento del danno patito da una società che aveva riposto fiducia nell'ottenere una concessione sorgesse non già dalla violazione di un dovere di prestazione bensì dalla violazione di un dovere di protezione, il quale nasce non da un contratto ma dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione ed il cittadino nel momento in cui

43 F. PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale in Persona e Mercato*, 2017, 2, p. 127.

44 Cass. civ., sez. III, 25.01.2011, n. 1737 in *Dejure it. (web)*.

45 M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, II° ed., Vol. VI, 2025, pp. 65 ss.

quest'ultimo entri in contatto con la prima⁴⁶.

Se il contributo di tale teoria è risultato apprezzabile in ambiti come quello amministrativo in base ad un procedimento valutativo condotto in relazione al dato normativo di riferimento più che alla valutazione della coscienza sociale⁴⁷, tale teoria diviene spesso un mero espediente retorico per giustificare casi in cui fosse altrettanto possibile rinvenire un obbligo come quello del mediatore, già sancito dall'art. 1759 c.c.⁴⁸. Interessante osservare in una fattispecie concreta che l'obbligo di protezione dell'integrità del creditore della prestazione venne fatto discendere dalla predetta teoria, laddove avrebbe potuto essere individuato anche nel contratto di somministrazione di servizi termali, in cui l'utente, affetto da una condizione di inidoneità a deambulare, e pur avendo utilizzato, al momento dell'uscita dalla vasca termale il pulsante di chiamata del personale per riceverne assistenza, era rimasta invece priva di aiuto, cosicché - spingendosi appunto da sola fuori dalla vasca - era caduta, riportando lesioni⁴⁹.

Se casi come quello in esame possono rientrare nell'apparato giustificativo del contatto sociale qualificato *ad abundantiam* rispetto ai sufficienti criteri stabiliti per la responsabilità extracontrattuale, le cose stanno diversamente in quella precontrattuale ove una recentissima ordinanza ha affermato che «qualora essa derivi dalla violazione degli obblighi di correttezza e di buona fede nello svolgimento delle trattative, mantiene natura extracontrattuale non potendosi attribuire carattere generale a quell'orientamento che in base al contatto sociale qualificato, l'avrebbe intesa come responsabilità contrattuale»⁵⁰.

Stante la difficoltà di definire il contatto sociale qualificato, per riprendere un ulteriore prezioso contributo della giurisprudenza, esso ricorre quando «l'ordinamento imponga ad un soggetto di tenere un determinato comportamento, idoneo a tutelare l'affidamento riposto da altri soggetti sul corretto espletamento da parte sua di preesistenti, specifici doveri di protezione che egli abbia volontariamente assunto»⁵¹.

46 Cass., Sez. Un., ord. 28.04.2020, n. 8236 in *Dejure it. (web)*.

47 C. CASTRONOVO, *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione* in *Eur. e dir. priv.*, 2013, pp. 637 ss.; P. IULIANI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: alcune riflessioni attorno all'interesse legittimo dalla prospettiva dei rimedi* in *Contr. e impr.*, 2016, pp. 1196 ss.

48 Cass. civ., 22.10.2010, n. 21737 in *Mass. Giust. civ.*, 2010.

49 Cass. civ., 13.10.2017, n. 24071 in *Giur. it.*, 2018, pp. 2361 ss.

50 Cass. civ. sez. III, ord. 7.04.2026, n. 8676 in *Dejure it. (web)*.

51 Cass. sez. un., 21.05.2018, n. 12477 in *Dejure it. (web)*.

Di talché da una certa lettura di tale formulazione appare comprensibile la confusione che si registra nella giurisprudenza penale, la quale pur facendo largo impiego di questo criterio non è realmente capace di differenziare le ipotesi di assunzione volontaria della posizione di garanzia da quelle derivanti dal contatto sociale qualificato.

Infatti, il supremo Collegio ha affermato in una sua decisione che «non di rado, ciò che appare frutto di un atto unilaterale è in realtà espressione di un'obbligazione assunta con un atto negoziale atipico, come nel caso delle obbligazioni da contatto sociale»⁵².

Il “contatto” altro non è che quel presupposto materiale o di fatto che rende attuale o concreto un obbligo di garanzia, il quale dovrebbe, però, necessariamente preesistere a tale presupposto, pena la sua inidoneità a costituire validamente posizioni di garanzia a meno di non aderire alla teoria sostanzialistico-funzionale con conseguente obliterazione dell'art. 25 Cost. dal diritto vivente. Se persino negli stessi ambienti in cui il contatto qualificato si è sviluppato si registrano forti disparità di vedute quanto alla possibilità di costituire una valida fonte di obbligazione⁵³, un criterio così ondivago non potrebbe analogicamente prestarsi ad essere impiegato in un terreno minato come quello dell'art. 40 c.p.

3.1 *Segue.* Il “contatto sociale” qualificato nella giurisprudenza penale

Tutto ciò premesso, la giurisprudenza penale ha operato un'equiparazione tra obbligazione civilistica nascente da contatto sociale qualificato con quegli obblighi penalmente rilevanti ex art. 40 cpv., c.p.

Tale operazione, già criticata in dottrina per il rischio di frizione col principio di tassatività⁵⁴, è individuabile in seno a una rilevante pronuncia della Corte, la quale conferma la sentenza di condanna a carico di due medici di società sportive intervenuti in campo nel tentativo di salvataggio di uno dei giocatori accasciatisi a terra per un malore; ai sanitari si addebitava il mancato utilizzo del defibrillatore con finalità terapeutica⁵⁵.

52 Cass. pen., sez. IV, 29.01.2013, n. 18569 in *CED Cass. pen.*, 2013, Rv. 255229.

53 A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del “contatto sociale”)* in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 92 ss.

54 R. CALCAGNO, *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra “contatto sociale” e contratto: riflessioni sul principio di legalità* in *Cass. pen.*, 2014, 10, pp. 3559 ss.

55 Cass. pen., sez IV, 9.04.2019, n. 24372 in *CED Cass. pen.*, 2019.

La Corte ha riconosciuto che, pur essendo intervenuto successivamente il medico di pronto soccorso, il contatto intrapreso dai primi nell'immediatezza del malore fu tale da determinare un affidamento non interrompibile da autonomi e concorrenti obblighi, destinato a permanere finquando non si esaurisce il rapporto che ha legittimato la costituzione della posizione di garanzia.

Lo stesso vale anche per i medici di pronto soccorso che, pur non potendo effettuare la prestazione medica richiesta, assumono da “contatto” con il paziente una posizione di garanzia da cui deriva l'obbligo di attivarsi a tutela della vita e della salute.

Ne consegue che il medico dovrà fare tutto quanto in suo potere per la salvaguardia dell'integrità del paziente, anche qualora abbia semplicemente reso un consulto specialistico, ferma la corresponsabilità dei sanitari che abbiano successivamente preso in carico il malato⁵⁶.

Tuttavia, bisogna necessariamente segnalare come questa architettura tradizionale, poggiante sull'affidamento medico-paziente, sia stata stravolta da una “eteronomia algoritmica”, nella quale il medico non conserva più un controllo esclusivo sulla decisione clinica e il paziente si confronta sempre più spesso con un interlocutore non umano. In un simile contesto l'affidamento del paziente non è più rivolto al solo sapere specialistico del medico, bensì al dispositivo - fallibile come, del resto, quello medico - in cui, ad esempio, le piattaforme di *predictive analytics* utilizzate in oncologia per personalizzare protocolli terapeutici o meccanismi di *deep learning* capaci di individuare neoplasie in fase iniziale rappresentano oggi strumenti imprescindibili in medicina.

L'allargamento della responsabilità penale in settori come questi, giustificata dalla posizione di garanzia assunta in forza di un contatto qualificato, rischia di scoraggiare l'intervento del medico spingendolo verso la medicina difensiva o il rifiuto di adottare strumenti innovativi, con conseguente inefficienza del sistema sanitario⁵⁷.

56 Cass. pen., sez. IV, 29.05.2018, n. 24068 in *Guida al diritto*, 2018, 28, p. 85.

57 E. CAMPAGNANO, *L'AI e la responsabilità medica aumentata: dalla colpa tradizionale al governo critico della tecnologia* in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4, 1. 08. 2025, p. 979.

Il meccanismo di creazione del contatto non è necessariamente accidentale (come quello del medico che si imbatte in un ferito), potendo ravvisarsi anche a seguito di una segnalazione o di uno specifico mandato. Si allude al settore dei servizi digitali, in cui l'interessato alla rimozione di un contenuto pregiudizievole sul web e lesivo dei suoi diritti incarichi un intermediario, instaurandosi così una relazione giuridica qualificata tra il provider e l'utente leso⁵⁸. In particolare, sorge da questo momento un obbligo di protezione consistente nella rimozione del materiale lesivo del bene giuridico, pena l'incriminazione dell'intermediario ex art. 40 c. 2, c.p., nei limiti in cui vi sia un concorso colpevole di quest'ultimo e della compatibilità della fattispecie con la clausola generale di incriminazione.

Interessante notare, a questo proposito, come alcuni strumenti europei di regolazione delle piattaforme digitali abbiano affiancato un corposo apparato di sanzioni in caso di inadempimento degli obblighi di diligenza da parte dei providers, sino addirittura a raggiungere le soglie del 6% del fatturato globale annuo (art. 52 Digital Services act). Ciò punta nella direzione di disincentivare quelle condotte anche di carattere omissivo che possano agevolare il comportamento di utenti che fanno uso del Web come zona franca per perpetrare reati come, diffamazioni, truffe informatiche.

Infine, specularmente a quanto si assiste nella giurisprudenza civile, il criterio del contatto sociale qualificato è stato di recente invocato dalla giurisprudenza di merito per affermare la responsabilità dell'amministrazione penitenziaria a seguito del decesso di un detenuto, avvenuto in conseguenza della brutale aggressione con uno sgabello da parte del suo compagno di cella⁵⁹. Inutile sottolineare come la posizione di protezione gravante sia nei confronti degli agenti che dei vertici sia ampiamente sussumibile dalle norme di legge in vigore risultando superfluo quel requisito ulteriore attraverso cui si riconobbe all'amministrazione penitenziaria l'assunzione di una posizione di protezione dal contatto sociale che si instaura, per legge, con i singoli detenuti; si prefigura, infatti, l'obbligo, imposto da specifiche norme di condotta (e non solo dal generale principio del *neminem laedere*), di preservarne la vita, la salute e, quindi, l'incolumità fisica.

58 E. M. LOMBARDI, *La responsabilità civile nelle piattaforme digitali nel danno da deepfake di natura sanitaria o biomedica* in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4, 1. 08.2025, p. 923.

59 Trib. Roma, sez. III, 20.12.2025 in *Redazione Giuffrè*, 2026, p. 19.

4. Le posizioni di fatto residue : considerazioni generali

La giurisprudenza ha fatto coincidere la posizione di garanzia con il concreto dominio della fonte di pericolo, prescindendo dall'individuazione - anche in via successiva - di una fonte giuridica formale che potesse teoricamente giustificare una simile operazione⁶⁰.

Sono numerosi i casi “eclettici” in cui tale orientamento - divenuto oramai maggioritario - si registra, e in cui, nella motivazione delle decisioni, pressoché apoditticamente non si rinviene una preoccupazione o un apparato argomentativo tale da rovesciare le doglianze della difesa degli imputati, i quali comprensibilmente denunciano l'inapplicabilità per i loro assistiti dell'art. 40, c. 2, c.p.

Di tutta risposta la Suprema Corte, richiamandosi ai suoi precedenti più noti, enuncia il criterio sostanzialistico-funzionale in modo pressoché tautologico, allargando le maglie di questo elastico criterio *praeter legem* con espressioni quali “prossimità”, “vicinanza”, “mera situazione di fatto”.

Sul piano semantico, a ciascuna di queste espressioni corrisponde un significato talmente vago che si allontana sensibilmente da quell'esigenza di precisione del linguaggio giuridico e di tassatività delle fattispecie penali⁶¹.

La conseguenza, come si vedrà appresso, non può che non generare un clima caotico, ove l'esistenza della posizione di garanzia prescinde dal preesistente rapporto giuridico tra l'agente e il soggetto che si trovi in una condizione di incapacità, anche temporanea, a proteggere autonomamente il bene giuridico.

Per evidenziare il percorso motivazionale debole cui ricorre spesso la giurisprudenza accordando rilievo a tali criteri fattuali, è necessario rifarsi ad alcune sue decisioni.

60 S. PRANDI, *Alla ricerca del fondamento: posizioni di garanzia fattuali tra vecchie e nuove perplessità* in *Dir. pen. e proc.*, 2021, fasc. 5, pp. 654 ss.

61 A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, pp. 428 ss.

4.1 Il fatto quale materiale disponibilità della cosa

Quale emblematico caso di coincidenza tra fatto - inteso nella sua veste di materiale disponibilità della cosa - e fonte dell'obbligo impeditivo penalmente rilevante ex art. 40 c. 2, c.p. si prenda in esempio la vicenda riguardante la morte di un minore per l'intossicazione da monossido di carbonio, determinata dal reflusso dei fumi della canna fumaria della stufa che non veniva mantenuta⁶².

In questo caso, la posizione di garanzia venne dapprima esclusa per poi essere affermata nella sentenza rescindente in capo sia al proprietario dell'edificio sia al conduttore dell'appartamento nel quale l'evento si era verificato.

Eppure, il conduttore non risulta essere gravato da nessuna norma di legge che gli imponga obblighi di manutenzione ordinaria, nemmeno dal generale obbligo di conservare il bene nelle stesse condizioni in cui l'ha ricevuto.

In ogni caso, la cura e la manutenzione della canna fumaria non sarebbero annoverabili nell'attività di manutenzione ordinaria che spetta all'inquilino, ma al proprietario del bene. Ciononostante, la Corte ha fatto discendere la posizione di garanzia dalla "disponibilità materiale della cosa", che avrebbe comportato il potere-dovere di intervento - peraltro mai esercitato direttamente o indirettamente - mediante richiesta di intervento rivolta al proprietario sin dall'inizio del contratto di locazione.

In aggiunta a ciò, l'annerimento della canna fumaria, secondo i giudici, avrebbe dovuto rappresentare un segnale sufficiente per il conduttore per occuparsi dello stato manutentivo, premesso che la condotta del proprietario - anch'egli condannato per omicidio colposo - risultava assorbita dal rilievo per cui questi deve, per giurisprudenza costante, consegnare l'impianto di riscaldamento revisionato, in piena efficienza e privo di carenze funzionali e strutturali⁶³; neppure avrebbe potuto sottrarsi a tali obblighi qualora la proprietà fosse stata acquisita per eredità in costanza del contratto di locazione, in quanto tale ignoranza si risolverebbe in errore sulla legge extrapenale integratrice del precetto penale e, pertanto, risulterebbe irrilevante ai sensi dell'art. 5 c.p.

⁶⁴.

⁶² Cass. pen., sez. III, 18.07.2019, n. 31610 in *CED Cass. pen.*, 2020.

⁶³ Cass. pen., sez. IV, 14.07.2010 n. 34843 in *CED Cass. pen.*, 2010, *Rv.* 248351-01; Cass. pen., sez. IV, 6.07.2006 in *CED Cass. pen.*, 2007, *Rv.* 235369-01.

⁶⁴ Cass. pen., sez. IV, 4.09.2014, n. 36924 in *CED Cass. pen.*, 2015.

4.2 Il fatto come dovere di custodia degli animali

Un simile criterio di attribuzione di responsabilità, legato più alla mera disponibilità della cosa che non ai doveri imposti dalle norme civilistiche, è stato applicato anche con riferimento alla custodia di animali pur in assenza della nuda proprietà di questi.

La posizione di garanzia, assunta anche dal mero detentore di un animale, impone l'obbligo di controllo e di custodia dello stesso mediante l'adozione di ogni cautela valevole a prevenire aggressioni a terzi, non essendo sufficiente, a tal fine, che l'animale sia custodito in un luogo privato o, comunque, recintato, in quanto è richiesta una sua collocazione concretamente idonea a evitare che si sottragga alla custodia o al controllo del detentore. In applicazione di ciò, la Corte ha ritenuto immune da censure l'affermazione di penale responsabilità del detentore di quattro cani, tre dei quali, fuggendo attraverso il varco di una recinzione, avevano aggredito un passante che, nel tentativo di sottrarsi all'aggressione, era caduto in un fiume, annegandovi⁶⁵.

In senso conforme si pone la decisione di condanna di due coniugi che, avendo accettato la presenza di un cane di grossa taglia da parte della madre, in considerazione della domestichezza che questi avevano con l'animale, facevano sorgere da quel momento una posizione di garanzia, gravando su di essi un obbligo di custodia in qualità di detentori dell'animale⁶⁶. Pertanto, questi avrebbero dovuto conformare la propria condotta nel senso di impedire che lo stesso animale procurasse danni a terzi, prevedendo possibili reazioni a prescindere dal fatto che l'animale fosse recintato⁶⁷.

⁶⁵ Cass. pen., sez. IV, 2.04.2025, n. 15701 in *CED Cass pen.*, 2025.

⁶⁶ Cass. pen., sez. IV, 16.12.2011, n. 18814 in *CED Cass. pen.*, 2012.

⁶⁷ In senso conforme: Cass. pen., sez. IV, 26.05.2010, n. 20054 in *CED Cass. pen.*, 2010.

4.3 Il fatto come dovere di custodia delle persone e coabitazione

Si badi che la custodia potrebbe avere ad oggetto non soltanto cose o animali, ma anche persone fisiche che si siano affidate alla disponibilità di soggetti che, a qualsiasi titolo, si siano resi disponibili nell'accudirle, a prescindere dal precedente instaurarsi di un rapporto giuridico ricavabile da norme di legge.

In una recente decisione, la Corte ha stabilito che, mentre il dovere di *cura* di un soggetto incapace deriva necessariamente da un preesistente rapporto di parentela, quello di *custodia* verrebbe a dipendere da “una mera situazione di fatto” idonea a far sorgere una posizione di garanzia ⁶⁸. Così, il risultato del mancato intervento diviene rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 40 c. 2 c.p in quanto compatibile, nel caso in esame, con la fattispecie di abbandono di persone minori o incapaci di cui all'art. 591 c.p. La condotta dell'agente, pur non rivestendo una posizione di garanzia derivante da obblighi giuridici formali, integra la fattispecie in esame, poiché l'obbligo ex art. 40 cpv. c.p., sorge soltanto in seguito alla spontanea e consapevole presa in carico della persona incapace di provvedere a se stessa in modo adeguato, facendola in questo modo rientrare nella propria sfera di custodia.

Beninteso, la condizione di senilità della persona offesa non rappresenta una situazione patologica tale da determinarne un'automatica incapacità, bensì una condizione fisiologica. Per tale ragione occorrerà accertare se residui in capo ad essa un certo grado di autodeterminazione, che va in ogni caso bilanciato con una relativa incapacità di provvedere a se stessi, «correlata alla situazione di fatto in cui il soggetto passivo viene a trovarsi, e che determini l'impossibilità, del tutto contingente, di prendersi cura di sé in modo adeguato». Nella sentenza in oggetto, tale incapacità - pienamente dimostrata nelle fasi istruttorie del procedimento - veniva compensata da una “effettiva presa in carico” dell'anziano da parte della sorella, salvo poi abbandonarlo a sé stesso.

In questo caso la posizione di garanzia sorgeva non già da un preesistente rapporto di parentela (situazione, questa, del tutto contingente, in quanto avrebbe potuto trattarsi anche di un semplice amico del soggetto passivo), bensì scaturiva nel momento in cui l'agente, avendo tentato di gestire il patrimonio della vittima, instaurava una relazione

⁶⁸ Cass. pen., sez. IV, 18.07.2025, n. 26473 in *Diritto & Giustizia*, 2025.

di prossimità e di vicinanza.

A nulla valse l'aver contattato strutture sanitarie pubbliche che, a detta della ricorrente, non si sarebbero attivate tempestivamente, in quanto, a seguito della condotta omissiva dell'agente, l'anziano versava già in uno stato di abbandono; infatti, venne rinvenuto «in un appartamento inagibile dalle condizioni igienico sanitarie pessime oltretutto senza utenze attive nonché in uno stato confusionario, sprovvisto di cibo e di denaro».

In senso conforme, la giurisprudenza si era pronunciata negli stessi termini differenziando le ipotesi di assunzione spontanea della posizione di garanzia da quella di riconoscimento di una “mera situazione di fatto”, idonea a far rientrare il soggetto passivo nella disponibilità e controllo dell'agente, e marcando un netto discrimine rispetto al dovere di cura, il quale ha ad oggetto unicamente relazioni scaturenti da valide fonti giuridiche formali⁶⁹.

L'assenza di istanze alternative di protezione aveva infatti giustificato la condanna inflitta all'imputato che aveva lasciato la madre in uno stato di potenziale pericolo per la sua incolumità, a nulla valendo la revoca della qualità di amministratore di sostegno che aveva determinato un sostanziale disinteressamento degli elementari bisogni della stessa. Infatti, precisa la Corte che il fondamento della posizione di garanzia prescinde dalla qualità di amministratore di sostegno, il quale non risponderebbe neppure del reato in oggetto salvo che non sia espressamente stabilito nel decreto di nomina; diversamente dal tutore, egli non è investito di una posizione di garanzia rispetto ai beni della vita e dell'incolumità individuale del soggetto incapace, ma ha il solo compito di cura dei rapporti patrimoniali⁷⁰.

Anche in quest'ultimo caso, lungi dal volere individuare *ex ante* un obbligo giuridico di impedire eventi dannosi a carico dei figli analogamente a quanto invece si riconosce in capo ai genitori ex art. 147 c.c., sembrerebbe che la posizione di garanzia sia stata individuata a partire dallo stato di “coabitazione”⁷¹.

Infatti, anche la ricostruzione dell'elemento soggettivo del reato tiene in debito conto che l'imputato, vivendo a stretto contatto con la madre, fosse perfettamente consapevole del pericolo derivante dalle sue precarie condizioni e, nonostante ciò, abbia persistito

69 Cass. pen., sez. IV, 3.02.2021, n. 18665 in *CED Cass. pen.*, 2021.

70 In senso conforme: Cass. pen., sez. V, 19.10.2015, n. 7974 in *CED Cass. pen.*, 2016.

71 In senso conforme: Cass. pen., sez. IV, 12.05.2021, n. 18665 in *CED Cass. pen.*, 2022, *Rv.* 281080-01.

nella sua condotta omissiva, accettando il rischio di verificarsi dell'evento lesivo. L'individuazione di una situazione di fatto, come fonte del dovere di custodia, trova - dice la giurisprudenza - «la sua giustificazione nell'oggettività giuridica del reato»: ossia, la tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone incapaci di provvedere da sé alla loro incolumità per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa ⁷².

4.4 Il fatto come “prossimità” o vicinanza alla fonte di pericolo

Ove si volesse ribadire l'assoluta contingenza e inidoneità del rapporto di parentela tra i soggetti coinvolti nei casi succitati al fine di costituire una posizione di garanzia, varrebbe in senso ancora più esplicito rifarsi ad un caso più risalente, nel quale due agenti della polizia stradale, avendo temporaneamente assunto la custodia di una donna che versava in evidente stato confusionale, l'abbandonarono in una stazione di servizio, ove mesi dopo venne rinvenuta morta ⁷³. La posizione di garanzia ancora una volta venne fatta coincidere con l'effettiva presa in carico del bene giuridico protetto e non già con il più generale preventivo obbligo assistenziale in favore della collettività dei cittadini contenuto all'art. 24 della L. 121 del 1981, nonché all'art. 1 del T.U.L.P.S.

La Corte, invero, osserva che la tutela del valore etico-sociale cui si ispira l'art. 591 c.p. richiede che, nel caso di relazione di custodia - e non di cura - come quella in esame, essa possa essere assunta in via di mero fatto purché “attuale” ed effettivamente sussistente al momento dell'abbandono. Che l'assunzione volontaria sia fenomeno diverso appare dalla stessa disgiuntiva “o”, laddove testualmente recita nella stessa sentenza: «Deve pertanto ritenersi che la relazione di custodia potrà sorgere non solo per l'adempimento di un obbligo giuridico formale, ma anche per spontanea assunzione da parte del soggetto agente o per effetto di una mera situazione di fatto tale per cui il soggetto passivo sia entrato nella sfera di controllo e di disponibilità del soggetto attivo». Peraltro, la Corte non esclude in questa sede di applicare la teoria del contatto sociale qualificato, che giustificerebbe l'accostamento dei due imputati ai soggetti attivi dei reati omissivi impropri di cui all'art. 40 c.p., comma 2.

⁷² Cass. pen., sez. IV, 10.04.2025, n. 14198 in *CED Cass. pen.*, 2025.

⁷³ Cass. pen., sez. V, 12.01.2016, n. 19448 in *CED Cass. pen.*, 2016.

Non a caso la Corte parla a questo proposito di una circostanza fattuale di “contatto” tra il soggetto passivo ed il soggetto attivo dell'obbligo di custodia, la cui cogenza nella specie è discesa dall'aver gli agenti di polizia preso nella loro materiale disponibilità il soggetto passivo in un evidente stato di bisogno e di necessità di protezione.

La teoria del contatto sociale appare, in realtà, un mero espediente retorico impiegato *ad abundantiam*, in quanto la qualifica di agente di polizia stradale avrebbe sì determinato un affidamento rafforzato rispetto a quello del semplice automobilista che avesse preso in carico la donna, tuttavia - diversamente da quanto accade per il medico verso il paziente - non può dirsi che nei confronti degli agenti esista un dovere di protezione verso specifici utenti della strada se non ricavabile dalla successiva condizione di doverosità sorta dal mero fatto.

Rispetto a ciò, verosimilmente la situazione processuale non sarebbe stata dissimile ove i soccorritori non avessero rivestito tale qualità, come può ricavarsi dall'elencazione dei precedenti fatta dalla Corte in questa vicenda, che suffraga l'ipotesi del mero artificio retorico, analogamente a quanto accade nella giurisprudenza civile⁷⁴.

Tuttavia, deve ritenersi che in casi come questi sia la stessa Corte ad aver stabilito, sotto forma di *obiter dicta*, che la relazione di custodia nascente da una mera situazione di fatto, di vicinanza o di prossimità rispetto al bene giuridico meritevole di protezione ai sensi di una fattispecie penale di parte speciale compatibile con l'art. 40 c. 2, c.p., potesse far sorgere una posizione di garanzia; in ciò tale orientamento venne rafforzato nelle decisioni della giurisprudenza ad essa successiva⁷⁵.

Per suffragare la fondatezza di un simile indirizzo la Corte sposta, dunque, l'attenzione dal piano del diritto positivo a quello assiologico, divenendo interprete di se stessa.

Lo specifico ruolo ricoperto dagli agenti della polizia stradale rafforzava, ma *non* costituiva, la posizione di protezione fattualmente venutasi a creare dal rapporto di custodia con la vittima, che sarebbe dovuto permanere sino al punto «di procurare il superamento delle cause di oggettiva pericolosità in cui si trovava la cittadina cinese attraverso la sua riconduzione all'abitazione familiare ovvero, nella impossibilità di ciò,

74 Cass. pen., sez. IV, 22.05.2007, n. 25527 in *CED Cass. pen.*, 2007; Cass. pen., sez. IV, 5.04.2013, n. 50606 in *CED Cass. pen.*, 2014.

75 Cass. pen., sez. III, 15.03.2024, n. 1617 in *CED Cass. pen.*, 2024; Cass. pen., sez. V, 20.06.2025, n. 23225 in *CED Cass. pen.*, 2026.

attraverso la riconduzione della stessa in Questura per la sua identificazione ovvero attraverso il suo affidamento ad una rete di protezione pubblica».

Infine, l'evento mortale contestato nell'aggravante di cui all'art. 591 c. 3, c.p. è stato ricondotto all'abbandono del soggetto incapace quale concausa rispetto alle condizioni patologiche della stessa, escludendosi, sotto il profilo logico, il possibile intervento di una causa sopravvenuta che avesse determinato di per sé la morte della vittima, avvenuta a seguito di una caduta accidentale determinata dal disorientamento ambientale per le condizioni di età e di non conoscenza dei luoghi.

4.5. Il fatto: un tentativo di inserimento in un catalogo chiuso

In una recente pronuncia, il criterio della situazione di fatto quale fonte eterodossa di una posizione di garanzia è stato subordinato a un insieme di categorie da cui dovesse desumersi un dovere di protezione unicamente nei confronti di esse, a meno che non fosse dimostrabile una formale assunzione dello stesso dovere⁷⁶.

Nella specie, è stato ritenuto infondato il ricorso del Procuratore generale avverso la sentenza della Corte d'Appello di Ancona, che aveva assolto la responsabile dei servizi sociali e il Sindaco dall'accusa di lesioni colpose.

Ai due imputati si contestava di aver ignorato le segnalazioni dei vicini circa fughe di gas e di non aver provveduto al trasferimento della vittima in una struttura comunale.

Secondo l'accusa, tali omissioni avrebbero quantomeno aumentato il rischio di esplosione della palazzina, evento che causò poi il decesso dell'anziana donna.

Tuttavia, la Corte stabilisce che sul piano “meramente fattuale” l'effettiva presa in carico del bene giuridico da parte degli assistenti sociali è prevista solo con esclusivo riferimento ad alcune categorie di soggetti quali: *under* 65 anni in carico al SERT ed al Centro di Salute Mentale (CSM) con riferimento a percorsi di tossicodipendenza o ex tossicodipendenza, di disagio psichico e mentale, di reinserimento post-detentivo; nuclei famigliari con problematiche generate dal disagio socio-economico, al fine di agevolarne i percorsi di inclusione sociale e misure economiche di contrasto alla povertà; profughi maggiorenni richiedenti asilo, in stretta collaborazione con il sistema

⁷⁶ Cass. pen., sez. IV, 4.07.2022, n. 25327 in *CED Cass. pen.*, 2022.

di accoglienza nazionale; soggetti non residenti, senza fissa dimora in condizione di povertà; anziani con disabilità per le progettualità d'inclusione sociale.

La donna non rientrava in alcune delle categorie fragili sopra descritte tali da sollecitare la presa in carico dei servizi sociali, né tantomeno questi avrebbero potuto introdursi nel domicilio della stessa, costringendola a lasciare la sua abitazione e recarsi in una casa di riposo o in altra struttura di assistenza.

Se appare ragionevole l'inidoneità del potere-dovere di impedire l'evento da parte dei servizi sociali, dubbia risulta la loro totale estraneità a rivestire la posizione di garanzia in applicazione di un criterio che, venendo a dipendere esclusivamente da una situazione di mero fatto, rende eccentrica la sua subordinazione ad uno specifico novero di soggetti passivi sopra elencati.

Infatti, “il criterio fattuale” non solo impedisce di attribuire rilievo *esclusivo* a specifiche categorie di soggetti attivi qualificati - la cui individuazione viene a dipendere da situazioni di prossimità e vicinanza alla fonte di pericolo - ma si estende, inoltre, a tutti quei soggetti incapaci, anche solo temporaneamente, di badare autonomamente al bene giuridico cui l'ordinamento accorda una tutela rafforzata.

Non si potrebbe dunque, per la contraddizione che non consente, attribuire rilievo ad un *numerus clausus* di soggetti incapaci, portatori di situazioni di disagio che avrebbero dovuto limitare il solo intervento soccorritore dei servizi sociali.

Naturalmente, una cosa è discutere del momento genitivo della posizione di garanzia e altra cosa è vagliare la possibilità materiale o fisica di agire nel senso di scongiurare il verificarsi dell'evento dannoso, cosa che nel caso di specie andava verosimilmente esclusa. Il principio di effettività conserva il merito di stabilire se, in applicazione di un ragionamento controfattuale, l'intervento soccorritore avrebbe aumentato le *chanche* di salvezza per il bene giuridico ovvero, dopo la Sentenza Franzese, avrebbe salvaguardato il bene con una probabilità confinante con la certezza.

Tale principio, per quanto fondamentale soprattutto sul piano della valutazione dell'elemento soggettivo del reato, non può tuttavia riempire di contenuto la giuridicità dell'obbligo, a meno che non la si voglia far dipendere da una norma di carattere morale come avveniva nelle esperienze totalitarie del Novecento.

4.6 Il fatto come serbatoio di doveri solidaristici e principio di autoresponsabilità

Il recupero di una componente relazionale e fattuale dell'astratto obbligo giuridico di impedire l'evento ha fatto da controaltare a quel rischio di ipostatizzazione dell'obbligo che si sarebbe potuto realizzare ove la Corte avesse fatto un richiamo esclusivo alla legge. Tuttavia, il fatto inteso come uno degli elementi della situazione tipica, facendosi coincidere con l'obbligo ex art. 40 c. 2, c.p. annichilisce il principio di autoresponsabilità conferendo, così, una portata ampia e cogente al dovere di solidarietà sociale, quale principio programmatico discendente dall'art. 2, Cost.⁷⁷.

A tale proposito, di rilievo è stata la conferma della condanna per omicidio colposo a carico del soggetto delegato in qualità di responsabile del servizio di pronto intervento presso la società di distribuzione del gas, in concorso col primo addetto a tale intervento. Entrambi, sottovalutando le numerose segnalazioni provenienti dai vicini, provocarono colposamente una violenta esplosione tale da determinare il crollo di un edificio⁷⁸.

La difesa mirava ad ottenere l'assoluzione dei propri clienti tramite l'esclusione della posizione di garanzia, sostenendo che non si sarebbe potuto trattare né di assunzione volontaria - poiché si trattava di negozio inidoneo radicalmente nullo a produrre effetti giuridici - né avrebbe potuto farsi applicazione del contatto sociale, il quale avrebbe unicamente giustificato una responsabilità civile per danni arrecati a utenti e terzi, e non già sul versante penale, poiché gli agenti erano illecitamente investiti di tale funzione da soggetti privi di qualsiasi potere.

Infatti, si denunciava come la gestione del servizio fosse stata appaltata ad altra società e nessuno dei soggetti chiamati rivestisse una posizione di garanzia.

Ancora una volta, abilmente, la Corte scansa simili argomentazioni ritenendo che la decisione impugnata fosse, in motivazione, esente da aporie logiche in quanto «la posizione di fatto assunta dagli imputati li obbligava ad impedire l'esplosione».

Il che parrebbe un'espressione tautologica, non fosse altro che viene motivata dalla condizione in cui gli addetti del pronto intervento del gas venivano a trovarsi.

⁷⁷ G. CIVELLO, *Il principio del Sibi Imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità per fatto proprio* in *Anima Juris Ratio*, 2017, pp. 212 ss.

⁷⁸ Cass. pen., sez. IV, 25.03.2019 n. 12879 in *CED Cass. pen.*, 2020.

Infatti, a fronte di una conclamata uscita di gas, denunciata da svariati cittadini che si erano attivati per chiamare i tecnici dell'azienda, «era loro obbligo assoluto fare fronte all'evidente gravissimo pericolo. Al di là dell'investitura formale è evidente che, coloro i quali, chiamati dai cittadini al numero verde delle emergenze gas si presentarono come addetti al pronto intervento hanno assunto, anche solo per quel contatto sociale e per quella anche solo apparenza formale rispetto ai terzi, un obbligo di garanzia rispetto a quella data fonte di pericolo (la fuga di gas in atto) di un bene costituzionalmente garantito qual è la salute».

In altre parole, il sopralluogo degli addetti sollecitati, e dunque la loro iniziale disponibilità ad intervenire, prescindeva, secondo il ragionamento dei giudici, dalla circostanza che questi non fossero dipendenti della stessa compagnia di distribuzione.

Un situazione di confine, in cui la complessità degli accadimenti rende incerta la ricostruzione del fatto in termini di azione od omissione, può cogliersi in seno a una recente decisione della giurisprudenza, la quale annullava la sentenza della Corte d'Appello che vedeva assolti gli imputati di omicidio colposo tra gli organizzatori dell'attività di sub, stabilendo fosse necessaria l'esplicita o tacita assunzione del compito di provvedere alle operazioni di soccorso del compagno in condizioni di bisogno, da accertarsi alla luce di tutte le evidenze disponibili, quali le prassi correnti tra subacquei impegnati in immersioni amatoriali e le specifiche relazioni intercorrenti tra i componenti del gruppo ⁷⁹. Si badi che, in entrambi i giudizi di merito, la posizione di garanzia in capo all'imputato era stata esclusa per la mancanza di assunzione formale dell'obbligo in quanto questi non svolgeva attività di guida o compiti di istruttore e che la maggiore esperienza di chi avesse diretto l'esperienza immersiva di tipo ricreativa di un gruppo di amici non avrebbe dovuto generare ex sé un obbligo di garanzia.

Tuttavia, come emerge dal ricorso presentato dal Procuratore generale della Corte d'Appello di Milano, il superamento del limite dei 40 metri durante la fase di discesa nel fondale dietro il consapevole nullaosta di chi esercitava una funzione di coordinamento e direzione dell'attività ludica costituiva un'attività intrinsecamente pericolosa, tale da introdurre un nuovo fattore di rischio dominabile “solo” da chi avesse posseduto tra i sub un maggiore grado di esperienza.

⁷⁹ Cass. pen., sez. IV, 4.02.2021, n. 20378 in *Cass. pen.*, 2022, 1, p. 180.

L'autoesposizione al pericolo da parte della vittima, capace di intendere e di volere, andava pertanto bilanciato con la successiva situazione di pericolo venutasi a creare per effetto di condotte colpose commissive, quali un inadeguato equipaggiamento nonché l'assenza di un brevetto che consentisse loro di immergersi oltre tale profondità.

Ecco, dunque, che per rimediare ad una situazione di iniquità che verrebbe a crearsi in assenza di un criterio formale, la giurisprudenza assume un nuovo criterio *praeter legem* idoneo a fondare una posizione di garanzia basata sul maggiore grado di esperienza e sull'assimilazione dell'attività di coordinatore di un'attività sportiva amichevolmente organizzata con quella di istruttore⁸⁰.

La sola situazione rilevante ai fini della configurabilità di una posizione di garanzia nei casi di attività intrinsecamente pericolose viene esemplificata dalla Corte con riferimento al caso di un'immersione di sub con esito mortale per via dell'attacco di un animale, diverso invece dal semplice ferimento per cui ciascuno dei sub che avesse partecipato all'immersione avrebbe potuto rispondere della colpevole inerzia.

Nel caso di specie, la sentenza assolutoria viene annullata in quanto la situazione di fatto - a prescindere e da una formale investitura da parte della vittima del ruolo di garante e da un'assimilazione del soggetto maggiormente esperto al ruolo di guida - avrebbe dovuto fondare una posizione di garanzia tale da determinare un obbligo di intervento rilevante ai sensi dell'art. 40 c. 2, c.p. e ciò in base al rilievo per cui l'aver organizzato un'attività ancorché tra amici di tipo "pericolosa" avrebbe dovuto far sorgere ex sé una posizione di garanzia risolvendo, così, la vecchia teoria dell'ingerenza⁸¹.

Si osservi che mentre l'incapacità di proteggere autonomamente il bene subentra solo al ricorrere della situazione di pericolo e viene ad esserne travolto da tale circostanza, appare, invece, maggiormente condivisibile l'orientamento che ha voluto individuare una posizione di garanzia quando nella stessa attività subacquea vi fossero partecipanti inesperti o comunque affidati alle cure di un organizzatore che esercitasse una vera e propria attività di istruzione⁸².

80 F. TABACCO, *Responsabilità omissiva e posizioni di garanzia: La responsabilità ex art. 40 cpv. c.p. può estendersi sulla base di meri indici di fatto?* in *Cass. pen.*, fasc. 1, 2022, p. 187.

81 D. GALASSO, *L'attività sportiva è intrinsecamente pericolosa* in *Diritto & Giustizia*, fasc. 43, 2015, p. 18.

82 *Cass. pen.*, sez. IV, 25.01.2006, n. 24201 in *Cass. pen.*, 2007, fasc. 5, p. 2036.

Tuttavia, non è la mera qualità di neofita che determina in assoluto un certo grado di incapacità a tutelare autonomamente il bene giuridico, in quanto la Corte stabilì l'esistenza di una posizione di garanzia di una guida nei confronti di due sub dotati di apprezzabile esperienza, nel corso di un'immersione avvenuta nonostante le peggiorate situazioni climatiche che rendevano l'accesso alla grotta particolarmente pericolosa ⁸³.

In questo caso, la guida avrebbe dovuto scegliere il percorso più adeguato per raggiungere la meta concordata, in rapporto, non solo alle capacità tecniche degli escursionisti ma, anche, alle effettive condizioni del mare ed ambientali, con la conseguente necessità di modificare la programmazione iniziale ove esse avessero subito dei mutamenti.

Il principio di autoresponsabilità è prevalso invece - con conseguente esclusione dell'art. 40 c. 2, c.p. - in un recente caso riguardante un soggetto salito a bordo di un deltaplano costruito artigianalmente che, dietro il consenso del proprietario, ne aveva assunto il comando. Tra i comproprietari del mezzo vigeva una posizione paritetica e la posizione di garanzia, in aderenza ad un recupero della concezione formale, venne esclusa sul rilievo che la vittima si fosse volontariamente esposta al pericolo, ponendosi alla guida in assenza di doppi comandi e che la proprietà del mezzo non fosse esclusiva: solo in quest'ultimo caso il titolare del velivolo avrebbe potuto esercitare un potere-dovere di escluderne l'utilizzo ⁸⁴.

Il vago criterio della “prossimità” alla fonte di pericolo è stato ritenuto insufficiente in anni coevi a quello di tale decisione con riguardo alla morte per annegamento di un giovane che si era buttato in piscina durante una serata in discoteca .

Infatti, la gestione di un bar discoteca all'interno del complesso turistico non ricomprendeva la piscina, separata alla porzione del complesso da una bassa recinzione munita di un cancelletto; a nulla rilevava che gli imputati fossero a conoscenza della prassi diffusasi fra i giovani del posto di introdursi nella piscina in orario notturno, ossia quando la struttura era chiusa ⁸⁵.

83 Cass. pen., sez. IV, 6.03.2014, n. 27964 in *CED Cass. pen.*, 2015.

84 Cass. pen., sez. IV, 29.01.2016, n. 34975 in *Cass. pen.*, fasc. 1, 2017, p. 233.

85 Cass. pen., sez. IV, 11.10.2016, n. 48793 in *CED Cass. pen.*, 2017.

Ecco che allora non si comprende come, in un caso molto simile riguardante il gestore di un agriturismo, una più recente decisione abbia ritenuto sussistente la posizione di garanzia a carico del titolare di un agriturismo, al quale era stata addebitata la caduta di una cliente, originata dal cedimento della recinzione di un'area, sul rilievo che il custode è tenuto a segnalare i pericoli correlati al suo utilizzo, in ragione della “prossimità alla fonte di pericolo”⁸⁶.

Può agevolmente osservarsi come il compito di erigere la recinzione spetti al proprietario e non all'utilizzatore *uti dominus* del bene, sul quale grava semmai il compito di solleccitarlo; egli però non dispone di concreti poteri impeditivi.

In questo caso è stata la Corte a stabilire che dovesse sussistere una posizione di garanzia in capo al titolare dell'agriturismo sostenendo che la decisione assolutoria della Corte territoriale fosse del tutto priva di motivazione rafforzata benché modificativa di quella, di segno opposto, del primo giudice.

Essa avrebbe illegittimamente e immotivatamente escluso che l'imputata fosse investita, in qualità di titolare dell'agriturismo teatro dell'incidente, di una posizione di garanzia in base alla sola circostanza che non era anche proprietaria dell'area in cui si ebbe il cedimento della staccionata causativo dell'incidente, senza tener conto dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la posizione di garanzia, *sub specie* di controllo, derivasse «in ragione della prossimità dell'agente alla fonte di pericolo e di poteri e obblighi che gli consentono di attivarsi onde evitare la lesione o la messa in pericolo dei beni giuridici altrui».

Apprezzabile invece la decisione con cui venne esclusa la posizione di garanzia in capo al figlio di un soggetto invalido in sedia a rotelle, deceduto in seguito alla caduta in un vano ascensore con difetto di apertura della porta a seguito dell'uso improprio della chiave di emergenza impiegata dall'imputato⁸⁷.

Qui la Corte riconobbe che il figlio avrebbe potuto rivestire la qualità di garante di fatto in dipendenza “dell'assistenza generica” che egli esercitava nei confronti del padre.

Tuttavia, egli assumeva al pari di quest'ultimo, un ruolo di mero fruitore dell'impianto malfunzionante. Pertanto, la posizione di garanzia di fonte contrattuale era stata

⁸⁶ Cass. pen., sez. IV, 12.09.2023, n. 51452 in *CED Cass. pen.*, 2024.

⁸⁷ Cass. pen., sez. IV, 18.04.2019, n. 39261 in *CED Cass. pen.*, 2019.

condvisibilmente riconosciuta all'installatore e al manutentore dell'ascensore, essendo loro gestori dello specifico rischio di precipitazione nel vuoto connesso al funzionamento dell'impianto.

4.7 Il fatto quale criterio integrativo in assenza di fonti giuridiche fomali

Se i criteri fattuali astrattamente riconosciuti dalla giurisprudenza, come nella sentenza di cui sopra, concorrono a far perdere quella necessaria sussidiarietà che connota la responsabilità omissiva, per altro verso essi assumono una portata integrativa solo allorquando il bene giuridico non risulti tutelato da una fonte formale.

A dimostrazione di ciò, chi eserciti la responsabilità genitoriale nei confronti dei figli minori deve - nel caso in cui ricorrano la conoscenza e/o la conoscibilità dell'evento - attivarsi a protezione della loro integrità psicofisica in tutti quei casi in cui vi sia una possibilità oggettiva di impedire l'evento. Infatti, in una recente decisione, pur in presenza di un quadro sintomatologico di una ingravescente otite acuta e della palese inefficacia della terapia omeopatica suggerita dal medico curante, i genitori del bambino avevano omesso di rivolgersi al pediatra o di portare il figlio presso una struttura ospedaliera, limitandosi a continuare la somministrazione dei farmaci omeopatici prescritti, così cagionando uno stato comatoso del minore da cui è conseguito il suo decesso⁸⁸. In definitiva, ciò che rileva è unicamente la posizione di garanzia dei genitori in luogo di quella del medico omeopata, atteso che quest'ultimo non aveva introdotto nessun nuovo fattore di rischio, essendovi stata, invece, un'indubbia consapevolezza da parte dei genitori dell'inadeguatezza della sua condotta.

Naturalmente, ove tale responsabilità genitoriale fosse compromessa, la fonte della posizione di garanzia sarebbe necessariamente da ricercare altrove.

Infatti, la Corte ha ritenuto corretta la decisione dei giudici di merito circa il riconoscimento di una posizione di garanzia assunta dall'assistente sociale, incaricata, con decreto del Tribunale, di assumere l'assistenza del minore, collocato in comunità con la madre, la quale - visti i trascorsi di tossicodipendenza - non avrebbe potuto prendersene cura⁸⁹. Il bambino, deceduto a seguito dell'ingestione di sostanze

⁸⁸ Cass. pen., sez. IV, 3.05.2023, n. 35895 in *Diritto & Giustizia*, fasc. 146, 30.08.2023, p. 4.

⁸⁹ Cass. pen., sez. IV, 19.05.2021, n. 33596 in *CED Cass. pen.*, 2022.

stupefacenti trovate sparse sul pavimento, rientrava nella sfera di vigilanza dell'assistente sociale, che avrebbe dovuto neutralizzare fonti di pericolo provenienti dal contatto stesso con la figura materna della vittima attraverso l'assolvimento di un obbligo di recarsi presso la struttura trimestralmente; obbligo che discendeva direttamente dall'ordinanza del giudice.

Se in questo caso appare formalmente corretto fondare la posizione di garanzia sul provvedimento del giudice - pur fuoriuscendo esso dal principio di riserva di legge - l'integrità psicofisica del minore sembrerebbe doversi sempre far rientrare nella sfera di protezione di un soggetto, purché maggiorenne, indipendentemente dal previo incarico che questi abbia assunto; si assume, cioè, per ciò solo, fattualmente una posizione di garanzia. Nella specie, i giudici di legittimità hanno affermato che qualsiasi adulto che fosse stato presente nella sala ludica nella quale un minore ipovedente e non autonomo nei movimenti si trovava, avrebbe potuto e dovuto intervenire, apprestando le cautele necessarie affinché l'evento non si verificasse, tanto più che non era richiesta alcuna specifica competenza ⁹⁰. A nulla valse la dimostrazione che il soggetto presente non fosse gravato di un dovere di vigilanza tra le sue mansioni e neppure che la sua presenza non fosse richiesta nel corso delle attività svoltesi presso l'aula ludica, in quanto i suoi compiti erano strettamente limitati ad attività di pulizia ed alimentazione dell'assistito.

L'insegnante di sostegno era giustificatamente assente e, in ragione delle condizioni di salute della vittima - la quale camminava carponi - veniva escluso che quest'ultima avesse compiuto movimenti rapidi ed imprevedibili tali da sfuggire «al generico controllo che qualsiasi adulto avrebbe potuto esercitare nei suoi confronti».

Di qui risulta lampante l'osservazione per cui una simile estensione della platea dei soggetti attivi del reato di omicidio colposo, al punto di ricomprendervi “qualsiasi adulto”, si discosta sensibilmente dalla *ratio* e dalle finalità di tutela dell'art. 40, c. 2, c.p.

90 Cass. pen., sez. III, 2.10.2019, n. 9347 in *Diritto & Giustizia*, 9.03.2020.

4.8 Il fatto come rapporto di ospitalità : il caso Vannini

La Corte di Cassazione ha recentemente dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 40 c. 2, c.p., escludendo la necessità di un rinvio alla Corte Costituzionale. I giudici di legittimità hanno infatti ritenuto che la norma non violi i principi di cui agli artt. 13, 25 e 27 Cost., riconfermando la sussistenza della posizione di garanzia per effetto dell'assunzione volontaria di un dovere di protezione⁹¹.

Tale eccezione di legittimità costituzionale venne sollevata e risolta con una declaratoria di manifesta infondatezza nel già menzionato caso Vannini (capitolo II), conclusosi con la condanna a carico del padre della fidanzata della vittima per non aver impedito l'evento mortale. Secondo i giudici, l'imputato aveva introdotto un fattore di rischio che era chiamato a dominare in virtù di una posizione di garanzia *de facto* assunta sin dal momento del ferimento ovvero antecedentemente ad esso.

Il ricorrente, d'altra parte, lamentava che l'inosservanza dell'obbligo di sorveglianza non potesse dare luogo a responsabilità per omesso impedimento dell'evento ex art. 40 c. 2, c.p., né a titolo autonomo, né per concorso omissivo nel reato commissivo.

Ciò in quanto, in assenza di reali poteri impeditivi, si sarebbe configurata una sorta di responsabilità oggettiva per fatto altrui; per tali ragioni la difesa richiedeva che la Corte investisse della questione le Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 c.p.p.

La Corte ha ritenuto infondate tutte le questioni sottopostele, basandosi sulla gravità degli elementi colposi della condotta omissiva; in ciò, richiamandosi alla sentenza di primo grado, ha asserito che i comportamenti negligenti, imprudenti e lesivi dell'obbligo di garanzia andassero ben oltre la mera omissione di soccorso, integrando piuttosto il più grave delitto di cui all'art. 589 c.p.

La posizione di garanzia, nella vicenda, sarebbe stata assunta volontariamente in forza delle circostanze del caso concreto, caratterizzate da un «rapporto di spiccata confidenza» assimilabile al vincolo di parentela e tale da aver giustificato l'ospitalità.

La Corte ha dunque ritenuto che l'art. 40 c. 2, c.p. non ponga problemi di indeterminazione descrittiva, una volta riconosciuto che il fondamento della

91 Cass. pen., sez. V, 3.05.2021, n. 27905 in *Foro it.*, 2022, 3, II, p. 172.

responsabilità omissiva si identifica «nella necessità riconosciuta dall'ordinamento di assicurare ad alcuni beni una tutela rafforzata».

È stato così stabilito che tale speciale vincolo di tutela possa derivare anche dall'assunzione di fatto della posizione di garante, qualora la condotta dell'agente determini o accentui l'esposizione al rischio, o impedisca l'attivarsi di alternative istanze di protezione⁹².

In breve, la Corte ha dimostrato di aderire plasticamente a quell'orientamento giurisprudenziale contenutistico-funzionale definito come maggioritario, richiamandosi ai propri precedenti in base al rilievo costituzionale dei beni giuridici coinvolti che, nel caso di specie, erano rimasti travolti da una condotta pericolosa (lo sparo).

Tuttavia, a giudizio della Corte, l'obbligo di protezione - e quindi il superamento del generico *neminem ledere* - sarebbe scattato già in forza del rapporto di ospitalità, ovvero in un momento antecedente a quello in cui il ferimento avvenne.

Tale ricostruzione compare già nella prima decisione della Corte di Cassazione, la quale annullando la sentenza della Corte d'Appello, stabiliva che dalle condotte tenute dai familiari successivamente allo sparo «il dovere del *neminem laedere* si concretizzò, in tal modo, in un preciso obbligo di protezione.

Di esso gli imputati si fecero carico assumendo interamente, in luogo del titolare del bene esposto a pericolo, la gestione del pericolo che si prospettava»⁹³.

Una simile soluzione appare criticabile, anche se argomentata in base a una interpretazione analogica con riferimento a forme innominate di posizioni di garanzia, quali il convivente abituale o il suocero⁹⁴. Per corroborare questa ricostruzione, nella seconda decisione della Corte si afferma in modo compiuto che solo i soggetti ospitanti fossero titolari di uno *ius excludendi alios*, con la conseguenza che, in caso di incidenti intervenuti all'interno dell'abitazione, nessuno al di fuori di loro avrebbe potuto intervenire per prestare soccorso senza la loro necessaria partecipazione.

92 In senso conforme: Cass. pen., sez. IV, 4.02.2020, n. 13848 in *CED Cass. pen.*, Rv. 279137; Cass. pen., sez. IV, 18.04.2019, n. 39261 in *CED Cass. pen.*, Rv. 277193.

93 Cass. pen., sez. I, 7.02.2020, n. 9049 in *CED Cass. pen.*, 2020.

94 M. RIVERDITI, *La doppia dimensione della famiglia (quella "legittima" e quella "di fatto") nella prospettiva del diritto penale vigente* in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, pp. 555 ss.

Diversamente da quanto previsto nell'art. 593 c.p., dove il soggetto attivo si “imbatte” occasionalmente nell'oggetto del ritrovamento, nello specifico caso è proprio lo *ius excludendi alios* che avrebbe impedito a chiunque altro di attivarsi al posto degli ospitanti. A suffragare tale tesi milita, secondo la Corte, la previsione nel nostro ordinamento dell'aggravante comune di cui all'art. 61 n. 11, c.p., la quale comporta un aumento di pena se il fatto è commesso con abuso della relazione di coabitazione od ospitalità, connesso alla violazione del sentimento di fiducia che intercorre tra le parti del rapporto.

Una simile relazione, ancorché non avvinta da vincoli familiari, sarebbe secondo i giudici sufficiente a creare una forma di affidamento specifico, a prescindere dallo stato di incapacità del titolare del bene (incapacità che, nel caso si specie, si è determinata successivamente a causa dello sparo)⁹⁵.

In via ultronea, la Corte inanella ulteriori argomentazioni, quali la custodia di armi detenute all'interno dell'abitazione in violazione degli obblighi normativamente imposti, nonché le fasi successive al ferimento. Tuttavia, tali rilievi appaiono inconferenti rispetto alla genesi della posizione di garanzia; allo stesso modo risulta critico ipotizzare un'assunzione volontaria impiegando come base normativa di supporto l'art. 2028 c.c. Come opportunamente segnalato in dottrina, l'applicazione di tale disposizione sarebbe preclusa dall'incompatibilità del requisito della spontaneità («senza esservi costretto», recita l'articolo) dell'intervento gestorio con l'obbligatorietà del soccorso e, quindi, per la prevalenza del soccorso obbligatorio rispetto a quello inizialmente facoltativo⁹⁶.

L'estromissione dell'art. 593 c.p. è avvenuta non già per l'assenza delle condizioni di tipicità, ma per la presunta preesistenza di una posizione di garanzia: il che equivale a sostenere che la gestione del ferito non fu affatto volontaria, poiché sugli imputati gravava già un preciso obbligo di agire.

Pertanto, se non è possibile giustificare l'assunzione volontaria della posizione di garanzia nella disposizione civilistica predetta, in quale altro elemento potrebbe trovarsi il suo fondamento?

95 M. BIANCHI, *Il fatto crea il precetto? Alcune considerazioni “a prima lettura” sulla sentenza Vannini/Ciontoli* in *Giur. pen. (web)*, fasc. 4, 2020, pp. 1 ss.

96 R. COPPOLA, *La posizione di garanzia nel rapporto di ospitalità: il caso Vannini* in *Arch. pen. (web)*, 11.10.2021, p. 20.

Sostenere che la posizione derivasse dal momento in cui la vittima aveva fatto ingresso nell'abitazione implica che l'antefatto della vicenda - ovvero la situazione di potenziale pericolo - imponesse per ciò solo che ogni fattore di rischio introdotto dovesse essere neutralizzato dall'ospitante, in quanto costui investito, in modo latente, di una posizione di garanzia. In quest'ottica, lo sparo rappresenterebbe soltanto la condizione della situazione tipica atta a "risvegliare" l'obbligo precedentemente sorto, rendendolo attuale e concreto e imponendo a chi rivestiva la qualità di garante di impedire il verificarsi dell'evento.

Si consideri che la clausola di equivalenza tra il cagionare e il non impedire si fonda sul fatto che il garante goda di poteri impeditivi e, dunque, abbia *ab origine* la possibilità di inibire il sorgere della situazione pericolosa, laddove il soccorritore occasionale può soltanto impedire che questa si evolva nell'evento lesivo⁹⁷.

Proprio per tale ragione, l'unico modo per poter giustificare la posizione di garanzia nel caso di specie è stato farla coincidere col il rapporto di ospitalità; tuttavia, da tale relazione di mero fatto non sorge, per l'ordinamento, un obbligo vincolante di soccorso sovrapponibile a quello di garante⁹⁸. L'imposizione di un simile dovere determinerebbe una deriva eticizzante della posizione di garanzia, fondata su inesprese ragioni di giustizia sostanziale⁹⁹.

La Corte prevedendo tale possibile obiezione, si richiama in senso cumulativo alla precedente attività pericolosa, intesa quale situazione tipica che rende attuale e concreto l'obbligo di attivarsi. Tale operazione è stata aspramente criticata proprio per la sua contrarietà al principio di riserva di legge; a prescindere dalla singola vicenda, si deve osservare che una responsabilità per omissione non possa e non debba essere configurata al di fuori di un obbligo giuridico vincolante, che non può discendere meramente da una condotta pericolosa antecedente¹⁰⁰.

97 B. FRAGASSO, *La Cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio mediante omissione e omissione di soccorso aggravata dall'evento morte in un noto caso di cronaca in Sist. pen. (web)*, fasc. 4, 2020, pp. 252 ss.

98 M. SPINA, "Il caso Vannini". *Brevi note su azioni, omissione e obblighi di garanzia in Arch. pen. (web)*, fasc. 3, 16.10.2020, p. 19.

99 A. GARGANI, *Lo strano caso dell'"azione colposa seguita dall'omissione dolosa". Uno sguardo critico alla sentenza Vannini in disCrimen*, 18.11.2020, p. 10.

100 G. A. DE FRANCESCO, *Diritto penale, Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, pp. 224 ss.

La decisione in commento, ponendosi in contrasto con l'orientamento secondo cui la responsabilità omissiva impropria richiederebbe che il garante non abbia contribuito attivamente al processo causale sfociato nell'evento lesivo, tradisce un'impostazione ambigua. Risulta infatti agevole evidenziare profili di condotta commissiva colposa nell'aver fornito indicazioni fuorvianti ai medici, quale concausa dell'evento mortale.

Il risultato finale è, dunque, il confezionamento di quella che potrebbe essere definita una posizione “para-giuridica” di garanzia, fondata sulla cultura del “senso comune” tutta protesa verso una lettura ultrasostanzialistica adottata dalla Corte che eleva la relazione di ospitalità a fonte dell'obbligo di garanzia, pur in assenza di una intermediazione normativa che giustifichi tale operazione creativa ¹⁰¹.

101 M. SPINA, *La Cassazione-bis sul caso Vannini: l'ospitalità come fonte di obblighi protettivi in una lettura ultrasostanzialistica del reato omissivo improprio* in *Sist. pen. (web)*, 7.09.2021.

Rilievi conclusivi e Prospettive di Riforma de lege ferenda

Alla luce dei rilievi sinora svolti, emerge un panorama ermeneutico denso di insidie dogmatiche, in ordine al quale possono avanzarsi alcune riflessioni conclusive.

L'ineliminabile momento funzionale della responsabilità omissiva impropria non può attribuire al formante giurisprudenziale il compito di decidere in base a criteri di nuovo conio, emersi nei casi concreti sinora prospettati, laddove questi risultino privi di un qualunque ancoraggio testuale nelle leggi o in altre fonti formali dell'ordinamento.

La censura dottrinale, a ben vedere, si appunta sull'obliterazione, ad opera del diritto vivente, del principio di tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie, presidiato dall'art. 25, c. 2, Cost.

Tuttavia, limitarsi a sostenere che l'art. 40 c. 2, c.p. risenta di un certo *deficit* di tipicità non è euristicamente fecondo. Un'analogia indeterminata, infatti, connota le clausole generali di incriminazione suppletiva collocate nella parte generale del codice penale, quali l'istituto del tentativo (art. 56 c.p.) o del concorso di persone nel reato (art. 110 c.p.). Per converso, il timore di arroccarsi in un eccessivo formalismo - sopportando il costo delle lacune di tutela che il sistema inevitabilmente genera - ha indotto la funzione nomofilattica della Suprema Corte a privilegiare una giustizia del caso concreto, elevando a orientamento dominante il criterio sostanzialistico-funzionale.

Tali istanze di equità sostanziale perseguite dai giudici di legittimità devono tuttavia confrontarsi con le ricadute sistemiche di un simile registro interpretativo.

Come è emerso nel corso della trattazione, ed in particolare del capitolo IV, assumere il presupposto di attivazione della condotta dell'agente quale fonte autonoma, attribuendovi un predicato giuridico tale da ricavarne un obbligo sanzionato penalmente diviene una operazione ermeneutica definibile come arbitraria e pericolosa.

Arbitraria, e non semplicemente discrezionale, in quanto l'obbligo giuridico di impedire l'evento viene a dipendere esclusivamente dalla sensibilità dell'interprete nel riconoscere rilievo a situazioni di fatto, in quanto produttive di situazioni di pericolo per i beni giuridici coinvolti. Pericolosa, in quanto la fortuità o occasionalità con le quali i soggetti si trovano a rivestire la qualità di garanti spesso non si accompagnano a poteri realmente

impeditivi dell'evento, determinando così il rischio di un'ingiusta punizione.

Infatti, l'assunzione della precedente attività pericolosa quale fonte autonoma della posizione di garanzia, a prescindere da un preesistente rapporto giuridico formale tra l'autore e la persona offesa, rischia di sovrapporre piani dogmatici distinti.

È precisamente lungo il solco di tale opzione ermeneutica che si assiste all'estensione di ulteriori criteri fattuali. Ci si riferisce non solo al rischio innescato da chiunque - sul quale graverebbe, da quel momento, l'obbligo di disinnescare per impedire la lesione dei beni protetti - ma anche alla tendenza a corrodere la rilevanza penale dell'obbligo impeditivo ex art. 40, comma 2, c.p. di requisiti fattuali.

Tra questi spiccano la materiale disponibilità della cosa suscettibile di creare situazioni di pericolo (e pertanto dominabile dal detentore) e le relazioni di prossimità o vicinanza materiale; criteri, questi ultimi, che determinano *ipso facto* un'estensione del dovere di solidarietà tale da comprimere oltremodo il principio di autoresponsabilità dei singoli.

Laddove la soluzione al caso giudiziario non possa essere rinvenuta nell'alveo dell'art. 593 c.p. - a causa del difetto di requisiti strutturali quali il "ritrovamento", inteso come imbattersi occasionale nella situazione di pericolo -, il giudice di legittimità ritiene di dover attribuire efficacia vincolante a situazioni di fatto come la coabitazione.

Questa, in quanto incompatibile con la fortuità o l'occasionalità, imporrebbe di per sé un obbligo di intervento ex art. 40 c.p., in ossequio al principio costituzionale di solidarietà. Da un'analisi rigorosa emerge, tuttavia, come il soggetto rimasto inerte - pur censurabile sotto il profilo della valutazione etica - non conoscesse né avrebbe potuto conoscere un precetto penale che gli imponesse di attivarsi, né potesse prefigurarsi come penalmente responsabile di un evento lesivo cagionato da una propria condotta omissiva.

Il punto cruciale della riflessione è rappresentato da questa profonda asimmetria informativa: a titolo esemplificativo, chi coabita con un lontano parente, un amico o un coinquilino, non è edotto della presenza nell'ordinamento di una norma di comando che gli imponga un obbligo di garanzia qualora il convivente versi in condizioni di bisogno materiale ovvero in una situazione di temporanea incapacità a provvedere ai propri bisogni. Tale deficit conoscitivo non discende da un'inescusabile ignoranza del precetto penale ex art. 5 c.p., bensì dalla radicale assenza di una sua positivizzazione legislativa.

Tale scenario si differenzia sensibilmente dall'obbligo del genitore verso il figlio, il quale trova riconoscimento espresso sia in Costituzione che nel codice civile.

Del pari, una simile asimmetria si attenua nel caso del badante verso la persona anziana, ovvero del babysitter verso il bambino, e ciò a prescindere da quelle vicende contrattuali che possano rendere invalido il negozio dal quale è formalmente scaturito l'obbligo.

Ciò avviene perché, se da un lato il negozio potrebbe risultare salvaguardato dal meccanismo di conversione degli atti nulli, dall'altro ove venisse travolto dal giudicato nel frattempo formatosi, il criterio funzionale si accosterebbe a quello formale in un fecondo tentativo di sintesi.

Se, pertanto, si assume l'impossibilità di invocare l'art. 40, comma 2, c.p. in tutti i casi in cui venga a mancare, a monte, una fonte giuridica formale (sia essa legislativa, regolamentare, negoziale o derivante da un ordine del giudice), quale soluzione si prospetta per i casi sinora esaminati?

A parere di chi scrive, in difetto di una fonte genetica della posizione di garanzia, la conseguenza metodologicamente più rigorosa avrebbe dovuto essere il riconoscimento di un'area di impunità, ovvero un'esclusione della tipicità perché il fatto non sussiste.

Il prezzo pagato in termini di lacune di tutela non è un cedimento all'ingiustizia, ma il costo costituzionalmente necessario per salvaguardare il cittadino dall'arbitrio di un diritto penale giurisprudenziale.

Tuttavia, conscio dell'estremo rigore di tale opzione, si ritiene necessario ripensare l'intera categoria del reato omissivo improprio sulla scorta delle riflessioni che l'illustre dottrina penalistica aveva percorso in tempi meno recenti.

In senso difforme, la giurisprudenza si è dapprima arrovellata nel tentativo di giustificare la compatibilità del dovere di intervento con istituti civilistici quali la gestione di affari altrui ovvero la teoria del contatto sociale qualificato.

Premesso che non debba operare un'automatica coincidenza tra obblighi extrapenali e obblighi di agire penalmente sanzionabili ex art. 40, c. 2, c.p., ma che i primi possano fungere solo da presupposto di riconoscimento per verificare se tali principi siano compatibili con un'autonoma valutazione penalistica, si è cercato di dimostrare come non solo tali espedienti siano deboli nel fondare obblighi giuridici ex art 40, c. 2, c.p., ma siano risultati fallimentari anche nelle loro sedi di rispettiva appartenenza.

Gli sforzi della dottrina che ha redatto i passati progetti di riforma del codice penale rispondevano a un preciso obiettivo dogmatico, che non mirava a contrastare l'evoluzione degli indirizzi interpretativi, bensì a precederli.

Muovendo dal presupposto che la legge penale dispone solo per l'avvenire, tali tentativi di riforma - pur rimasti incompiuti - perseguivano l'obiettivo di arginare e prevenire la svolta sostanzialistica della giurisprudenza.

Preoccupazioni analoghe, in tono estremamente lungimirante, si erano registrate già in seno ai lavori preparatori della Commissione ministeriale del codice vigente, in cui l'art. 40 c.p. si profilava come una delle disposizioni più problematiche dell'intero impianto codicistico (vd. Cap. I).

I progetti di riforma, se analizzati in chiave critica, offrono soluzioni che meritano, in questa sede, di essere richiamate.

Un indiscutibile merito di tali proposte risiede nella netta differenziazione tra gli obblighi extrapenali di attivazione (quali i generici doveri di sorveglianza) e il vero e proprio obbligo di impedimento dell'evento lesivo, strettamente ancorato a una precisa fonte genetica.

Tale proposta compare già nel primo progetto di Riforma Pagliaro del 1991, il quale imponeva all'art. 11 che l'obbligo di sorveglianza, distinto dall'obbligo di garanzia, fosse punibile solo in quanto risultasse espressamente previsto come reato; ciò sul presupposto che il titolare dell'obbligo di sorveglianza pur sprovvisto di reali poteri impeditivi dell'evento, fosse tenuto "giuridicamente" a sorvegliare per conoscere della commissione di reati e, comunque, ad informarne il titolare del bene e del garante.

Dalla relazione esplicativa al Progetto di riforma si ricava come, facendosi riferimento "all'affidamento del bene giuridico", l'apparente rigidità della disposizione così confezionata aderisca alla più condivisa concezione mista della posizione di garanzia. Essa consente di escludere la rilevanza penale di mere situazioni di fatto, sganciate da un obbligo giuridico di impedimento; d'altra parte, l'obbligo in parola deve assolvere una specifica funzione di garanzia, distinguendosi da un semplice obbligo di attivarsi (sebbene questo non compaia nell'articolato dello Schema di Riforma).

Si osservi, inoltre, che la mancata previsione di un'attenuante facoltativa - auspicata da una parte del dibattito dottrinale contemporaneo e adottata da alcuni codici come quello tedesco e austriaco - , oltre a riflettere criteri di semplificazione ed economia legislativa, suggerisce che non sempre condotte omissive esprimano un minore disvalore rispetto a quelle attive. Peraltro, la diminuzione della pena era resa possibile in forza dell'art. 39 dello Schema, il quale consentiva di commisurarla alle concrete modalità della condotta. La collocazione topografica della disposizione in commento, immediatamente successiva a quella dell'art. 10 dello Schema, suggerisce un'autonomia della fattispecie impropria omissiva rispetto al più generico nesso di condizionamento tra omissione ed evento. Ciononostante, la norma non consente di evincere quali siano le fattispecie suscettibili del meccanismo di conversione tramite la clausola di equivalenza, con la conseguenza di rendere incerta l'applicazione del processo di assimilazione rispetto a quelle fattispecie a forma vincolata, dato l'orientamento della giurisprudenza sul punto (vd. Capitolo II).

Infine, la disposizione in esame avrebbe potuto coordinarsi utilmente con l'art. 9, rubricato "Soggetto attivo", nel quale pur essendo strutturato attorno alla figura del funzionario di fatto, il testo sarebbe stato permeabile all'intera categoria dei reati omissivi impropri.

Infatti, esso consentiva di equiparare colui che fosse stato dalla legge penale formalmente investito della titolarità di un potere o dovere giuridico a chi avesse esercitato di fatto un'attività speculare, divenendone, in questo modo, titolare.

Una simile equiparazione avrebbe avuto il merito di rispettare formalmente il principio di riserva di legge, in quanto consacrata all'art. 9 del Progetto, mentre la tassatività veniva rispettata impedendo al giudice di selezionare arbitrariamente in quali casi tale equiparazione poteva essere operata.

La Relazione attribuisce all'obbligo impeditivo l'attributo "essenziale" rispetto alla tutela del bene giuridico. Questo permette di chiarire che la norma, sebbene manchi di indicare altri generici obblighi extrapenalistici di attivarsi, intendesse accordare rilievo alla sola posizione di garanzia che implica la preesistenza della situazione di pericolo, la specificità del bene tutelato e la non occasionalità della situazione.

Quest'ultima, infatti, implicherebbe soltanto l'obbligo di agire per la salvaguardia del

bene, in ragione del verificarsi del presupposto di fatto descritto dalla norma incriminatrice, conformemente all'art. 593 c.p.

Successivamente, il Progetto di riforma Grosso del 2001 ha mostrato di soffrire di una eccessiva rigidità casistica, poiché prevedeva agli artt. 17-23 un'elencazione tassativa dei soli settori interessati dalla clausola di equivalenza; opzione, questa, che potrebbe rivelarsi obsoleta a fronte dall'avanzare di nuove aree di rischio, in particolare col progresso tecnologico.

Nel tentativo di operare una sintesi di questi due Progetti di riforma si mosse il Progetto Nordio del 2005, il quale offriva interessanti spunti di riflessione introducendo il criterio del reale potere di impedimento dell'evento, stabilendo però che il contenuto dell'obbligo debba essere disciplinato compiutamente in regolamenti, provvedimenti giurisdizionali, ordini, contratti o altre discipline. Questo varrebbe a significare che un elemento essenziale della nuova fattispecie del reato omissivo improprio verrebbe delegato a una fonte secondaria, allentando le maglie del principio di legalità.

Peraltro, l'attuale Governo in carica nella persona del Ministro della Giustizia ha più volte manifestato la volontà di intervenire sulla materia nella direzione auspicata, definendo la modifica dell'art. 40 c.p. «una svolta epocale».

Tuttavia, al di là della necessità avvertita o meno di convertire istanze provenienti dal repentino avanzare del processo tecnologico - dove peraltro la responsabilità omissiva ha trovato spazio nella L. 132 del 23 Settembre 2025 - , una sostanziale modifica dell'art. 40 c.p. e di altre disposizioni generali del codice appare non intravedersi in un orizzonte così vicino.

L'ultimo Progetto di Riforma Pisapia, infatti, risale al 2007 e rappresenta ad oggi probabilmente il modello più avanzato rispetto ai precedenti.

Esso, all'art. 13 c. 2, suggeriva di prevedere che il non impedire l'evento sia equiparato al cagionarlo sempre che: «a) sia stato violato un obbligo attuale di garanzia del bene giuridico; b) il titolare dell'obbligo giuridico di garanzia sia in possesso dei poteri giuridici e di fatto idonei ad impedire l'evento; c) l'obbligo di garanzia sia istituito dalla legge e, nei limiti da essa determinati, possa essere specificato da regolamenti, provvedimenti della pubblica autorità, ordini o atti di autonomia privata».

Forse, il punto di debolezza è rappresentato dalla delega al solo legislatore, cui viene richiesto di rincorrere costantemente nuove aree di rischio, lasciando il sistema esposto a potenziali lacune, oltre a non essere intervenuto in materia di organizzazioni complesse, diversamente dal primo progetto di riforma.

Sulla scorta di tali storici tentativi, le soluzioni prospettabili potrebbero in primo luogo consistere nell'ipotizzare una riscrittura dell'art. 40 c.p. il quale, tramite un richiamo recettizio, rinvii a un introdotto art. 40-*bis* c.p.

In questa sede non si dovrebbe procedere a una tassativizzazione analitica delle singole posizioni di garanzia - opzione che risulterebbe anacronistica, atteso che lo sviluppo tecnologico determinerà il sorgere di nuove aree di rischio governabili solo da nuovi e specifici garanti - poiché un elenco chiuso sarebbe fatalmente incompleto e determinerebbe la creazione di macro-posizioni, come si registrava nel Progetto Grosso. Al contrario, la norma dovrebbe tipizzare degli indici rilevatori della posizione di garanzia. Tali indici non verrebbero desunti *ex post* dalla sensibilità dell'interprete (il quale, forte di un orientamento consolidato, potrebbe altrimenti elevare a parametro tipico una qualunque situazione fattuale oggi priva di rilievo), ma offrirebbero un solido ancoraggio legislativo pur mantenendo una struttura elastica.

Si impedirebbe, in tal modo, di attribuire rilevanza penale a situazioni di mero fatto che, alla luce di un'interpretazione letterale e rigorosa dell'art. 40, c. 2, c.p., non possono fondare alcuna posizione di garanzia, arginando così la deriva ultra-sostanzialistica della giurisprudenza di legittimità. Occorre tuttavia considerare come un simile tentativo di riforma, che metta mano direttamente all'art. 40 c.p., potrebbe essere parimenti eluso: i giudici potrebbero fornire un'interpretazione eccessivamente elastica degli indici indicatori della posizione di garanzia, servendosi di teorie espansive come quella del contatto sociale qualificato per giustificarne la fonte.

Se così fosse, una seconda opzione potrebbe essere rappresentata dall'introduzione di nuovi reati omissivi propri, contententi specifici obblighi di sorveglianza a carico di determinati soggetti chiamati a sorvegliare un'area di rischio; a costoro si imputerebbe non già l'impedimento dell'evento bensì la mera omissione del dovere di sorveglianza.

Tali nuove fattispecie penali potrebbero trarre utile spunto dall'art. 114 dello Schema di

delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale del 1992, il quale stabiliva testualmente l'opportunità di «prevedere la contravvenzione di omessa vigilanza, consistente nel fatto di chi, non adempiendo al proprio obbligo giuridico di sorveglianza, ostacola l'impedimento, da parte del garante, di reati commessi nell'attività d'impresa». Questo naturalmente al di fuori delle ipotesi di concorso nel reato materialmente commesso da altri. Seguendo tali modelli di reato omissivo proprio, la decisione giudiziale diverrebbe nuovamente prevedibile per i destinatari dei precetti, in quanto chiaramente individuati quali soggetti chiamati a gestire una determinata zona di rischio. L'evento, ove si produca come conseguenza dell'inazione, al pari di quanto avviene nell'alveo dell'omissione di soccorso, potrà essere addossato all'agente sotto forma di circostanza aggravante. Una simile impostazione, pur richiedendo uno sforzo selettivo da parte del legislatore nel criminalizzare la condotta omissiva di nuovi potenziali gestori di aree di rischio, avrebbe il pregio di non gravare sull'art. 40, c. 2, c.p., il quale continuerebbe a trovare applicazione esclusivamente in presenza di rigorosi requisiti costitutivi accertati in sede giudiziale.

Infine, proprio al fine di scongiurare il rischio di un'incontrollata ipertrofia del sistema penale, la tutela di settori contrassegnati da rischi tecnologici potrebbe essere delegata al diritto amministrativo sanzionatorio. L'introduzione di illeciti amministrativi o di *compliance* fungerebbe da efficace incentivo all'attivazione dei singoli, nel pieno rispetto del principio cardine di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale.

In definitiva, l'insegnamento del fondatore della Scuola di Milano, Giacomo Delitala - che già nel fondamentale saggio del 1930, "Il fatto nella teoria generale del reato", invitava a ricondurre l'attività interpretativa entro rigorosi binari di legalità - conserva intatta la sua forza chiarificatrice. Il compito del giudice non è quello di muoversi creativamente nel fatto, bensì di assumere solo quegli accadimenti storici che ricalcano fedelmente uno schema normativo astratto. La distanza che separa il Tatbestand legale dal Tatbestand concreto si riduce, allora, a quella che intercede tra il modello e la copia, fra lo schema e l'esempio: un rapporto di rigorosa corrispondenza speculare che rappresenta, oggi come ieri, il baluardo insostituibile del principio di tassatività e della certezza del diritto penale.

Bibliografia

Manuali e Commentari

- **Antolisei F.**, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, Milano, 1963.
- **Antolisei F.**, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, Milano, 1980.
- **Antolisei F.**, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003.
- **Baumann J.**, *Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Giesecking, 1977.
- **Bettiol G.**, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1982.
- **De Francesco G. A.**, *Diritto penale, Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018.
- **De Marsico A.**, *Diritto penale, Parte generale*, Napoli, 1952.
- **Fiandaca G. - Musco E.**, *Manuale Diritto Penale, Parte generale, IX° ed.*, Bologna, 2024.
- **Fiandaca G. - Musco E.**, *Diritto penale - Parte speciale, Vol II, tomo I*, Bologna, 2024.
- **Grispigni F.**, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947.
- **Jescheck H.H. - Weigend T.**, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage*, Berlin, 1996.
- **Mantovani F. - Flora G.**, *Diritto penale, Parte generale, XII° ed.*, Padova, 2023.
- **Mantovani F.**, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, 2023.
- **Manzini V.**, *Trattato di diritto penale italiano*, IV° ed., Torino, 1982.
- **Pagliaro A.**, *Principi di diritto penal., Parte generale, VIII° ed.*, Milano, Giuffrè, 2003.
- **Palazzo F. - Bartoli R.**, *Corso di Diritto Penale, Parte generale, X° ed.*, Torino, 2024.
- **Paliero C.E.**, *Il sistema Penale, I° ed.*, Milano, 2024.
- **Pulitanò D.**, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, IX° ed., 2021.
- **Romano M.**, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995.
- **Romano M.**, *Commentario sistematico del codice penale. Volume 1: Art. 1-116*, IV ed., Milano, 2012.

- **Von Fuerbach P.J.A.**, *Lehrbruch des gemeinen in Deutschland geultigen Peinlichen Rechts*, 1° ed., 1803.
- **Von Liszt F.**, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1914.
- **Wessels J. - Beulke W.**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 42° ediz., Heidelberg, C.F. Müller.

Autori (in ordine alfabetico)

- **Aimi A.**, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp* in *Dir. pen. cont.*, 6.11.2014.
- **Albeggiani F.**, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1985.
- **Alessandri R.**, *Cautele contro disastri o infortuni sul lavoro* in *Dig. pen.*, Torino, 1998.
- **Amara G.**, *Fra condotta attiva e passiva, nuovi criteri e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento* in *Cass. pen.*, 2012.
- **Androulakis N.K.**, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München, 1963.
- **Angioni F.**, *Note sull'imputazione dell'evento colposo* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989.
- **Antolisei F.**, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928.
- **Antolisei F.**, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale* in *Scritti di diritto penale*, 1955.
- **Baldari F. - Gabbrielli M. - Bacchio A.**, *Responsabilità civile e penale dei soccorritori volontari* in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4, 1.08.2025.
- **Baratta A.**, *Positivismo giuridico e scienza nel diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933* in *Riv. dir. proc. pen.*, Milano, 1966.
- **Bartoli G.**, *I delitti contro il patrimonio*, in *Bartoli M. - Pellissero M. - Seminara S.*, *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, II° ed., Torino, 2023.
- **Battaglini G.**, *Diritto penale del lavoro* in *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1960.
- **Battarino G. - Natale A.**, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia* in *Quest. Giustizia*, 17 luglio, 2020.

- **Bianchi M.**, *Il fatto crea il precetto? Alcune considerazioni “a prima lettura” sulla sentenza Vannini/Ciontoli in Giur. pen. (web)*, fasc. 4, 2020.
- **Binding K.**, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Bd.2, 2 Aufl, 1914.
- **Blaiotta R.**, *Il realismo critico di K. Popper, un modello di conoscenza oggettiva per il giudizio penale in Cass. pen.*, 1997.
- **Blaiotta R.**, *La sentenza Franzese: ascendenze e proiezioni nel futuro in Sist. pen. (web)*, 14.06.2023.
- **Bobbio N.**, voce *Norma giuridica*, Torino, 1964.
- **Boldt R.**, *Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat in ZstW*, 1956.
- **Bricola F.**, *Articolo 25, secondo e terzo comma in Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, in *For. it.*, 1981.
- **Bricola F.**, *La discrezionalità nel diritto penale, I, Nozioni e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.
- **Bricola F.**, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali in Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Perugia, 1989.
- **Bricola F.**, *Lo statuto dell'impresa in Pol. dir.*, 1970.
- **Brunelli D.**, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio in Arch. pen.*, 2023.
- **Cadoppi A.**, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993.
- **Cadoppi A.**, *Il reato omissivo proprio Vol. I: Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988.
- **Cadoppi A.**, *Il reato omissivo proprio, Vol. III, Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1998.
- **Calcagno R.**, *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra “contatto sociale” e contratto: riflessioni sul principio di legalità in Cass. pen.*, 2014, 10.
- **Caponetti S.**, *L'obbligazione di sicurezza al tempo di industry 4.0*, 2018.
- **Cappellini A.**, *Profili penalistici delle self-driving cars in Dir. pen. cont.*, 2/2019.
- **Carnelutti F.**, *Illiceità penale della omissione in Annali di diritto pen. e proc. pen.*, Roma, 1930.

- **Carmignani G.**, *Juris Criminalis elementa*, Vol. I, Roma, 1829.
- **Carnap R.**, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, 1971.
- **Castronovo C.**, *La “civilizzazione” della pubblica amministrazione in Eur. e dir. priv.*, 2013.
- **Castronovo C.**, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione in Eur. e dir. priv.*
- **Castronuovo D.**, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale? in Arch. pen. (web)*, 2019,
- **Castronuovo D.**, *Tranelli del linguaggio e “Nullun Crimen”. Il problema delle clausole generali nel diritto penale in Leg. pen.*, 5.06 2017.
- **Centonze F.**, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati in Riv. soc.*, 2007.
- **Chiaraviglio P.**, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra “agire informato” e poteri di impedimento in Le Società*, 2010.
- **Coppola R.**, *La posizione di garanzia nel rapporto di ospitalità: il caso Vannini in Arch. pen. (web)*, 11.10.2021.
- **Cornacchia L.**, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi all'individuazione dei soggetti penalmente responsabili in Ind. pen.*, 2013.
- **Cornacchia L.**, *Il problema della causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali in Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari - G. Fornasari, Bologna, Clueb, 2001.
- **Cortese N.**, *La struttura della truffa*, Napoli, 1968.
- **Costantini A.**, *Truffa omissiva - The sound of silence: la natura attiva della truffa "per omissione" in Giur. it.*, n.5, 1.05.2024.
- **Cupelli C.**, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida in Dir. pen. cont.*, 21.03.2016.
- **Dall'Ora A.**, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950.
- **De Francesco G.**, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse in Leg. pen.*, 3.02.2020.
- **Demuro G. P.**, *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, 2020.
- **Di Giovine O.**, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino.

- **Di Giovine O.**, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.
- **Di Giovine O.**, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso causale* in *Cass. pen.*, 2008.
- **Di Schiena R. - Bellelli G.**, *Bias di omissione: un contributo al dibattito attraverso la proposta di un test empirico* in *Psychofenia*, 2007.
- **Dolce R.**, *Frode e inadempimento nelle pubbliche forniture*, Milano, 1969.
- **Donini M.**, *Dolo eventuale e formula di Frank* in *Il Foro it.*, 2014.
- **Du Jardin J.**, *La Jurisprudence et l'abstention délictueuse* in *Rév. dr. pén, crim.*.
- **Fasani F.**, *Punire il non fare. Considerazioni di politica criminale* in *Notizie di Politeia, Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, Vol. 133.
- **Festinese A.**, *La truffa silenziosa: un nuovo tipo?* in *disCrimen*, 5.09.2024.
- **Fiandaca G.**, *Il diritto penale giurisprudenziale. Tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.
- **Fiandaca G.**, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- **Fiandaca G.**, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione* in *For. it.*, 2.02.1983.
- **Fragasso B.**, *La cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio mediante omissione e omissione di soccorso aggravata dall'evento morte in un noto caso di cronaca* in *Sist. pen.*, 4/2020.
- **Gal D.**, *A psychological law of inertia and the illusion of loss aversion* in *Judgement and Decision Making*, 2006.
- **Galiani T.**, *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980.
- **Gallas W.**, *Die strafrechliche Vereantvortlichkeit der am Bau Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des Verantwortlichen Bauleiters*, Heidelberg, 1963.
- **Gallas W.**, *Sullo stato attuale della teoria del reato* in *La scuola positiva*, 1963.
- **Gallo M.**, *I reati di pericolo* in *Foro penale*, 1969.
- **Gallo M.**, *La teoria dell'azione finalistica nella dottrina penalistica contemporanea*, Milano, 1952.
- **Gallo P.**, *Arricchimento senza causa e quasi contratti. I rimedi restitutori*, 2008.
- **Gargani A.**, *Lo strano caso dell'“azione colposa seguita dall'omissione dolosa”*. *Uno sguardo critico alla sentenza Vannini*, in *disCrimen*, 18.11.2020

- **Gargani P.**, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione dei garanti in attività inosservanti* in *Ind. pen.*, 2000.
- **Gatta G. L.**, *Responsabilità penale del marito per l'omesso impedimento del suicidio della moglie?* in *Dir. pen. cont. (web)*, 2.11.2011.
- **Giunta F.**, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.
- **Glover J.**, *Freedom, Responsibility, and Agency* in *The Journal of Ethics*, vol.1.1.
- **Grasso G.**, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.
- **Grasso G.**, *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo § 13 del codice penale della Repubblica federale tedesca* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978.
- **Grispigni F.**, *L'omissione nel diritto penale italiano*, Milano, 1934.
- **Grosso C.F.**, *Brevi considerazioni d'insieme e di dettaglio sul lavoro della Commissione Pisapia* in *Dir. pen. e proc.*, 2007.
- **Grünwald G.**, *Beteiligung durch Unterlassen* in *ZStW*, 1959.
- **Guarneri G.**, *La personalità del delinquente ed i reati omissivi impropri* in *La Scuola Positiva*, 1939.
- **Hall J.**, *General Principles of Criminal Law*, II ed., New York, 1960.
- **Hartman N.**, *Möglichkeit und Wirklichkeit*, Berlin, 1938.
- **Hayward R.A. - Asch S.M. - Hogan M.M. - Hofer T.P. - Kerr E.A.**, *Sins of omission: Getting too little medical care may be the greatest threat to patient safety* in *J. of Gen. Intern. Medicine*, 2005.
- **Heck K.**, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932.
- **Heller A.**, *Logik und Axiologie der analogem Rechtsanwendung*, Berlin, 1961.
- **Herzberg R.D.**, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972.
- **Hilgendorf E.**, *Robotics, Automatics, and the Law*, Baden-Baden: Nomos, 2017.
- **Huschen W.**, *Die unterlassene Hilfeleistung*.
- **Iagnemma C.**, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all'evento offensivo* in *disCrimen*.
- **Iuliani A.**, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: alcune*

riflessioni attorno all'interesse legittimo dalla prospettiva dei rimedi in Contr. e impr., 2016.

- **Kaufmann A.**, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.
- **Kohlmann M.**, *Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften (art. 103 Abs 2 GG)*, Köln-Marienburg, 1969.
- **Kolmann**, "der Begriff des Kommissiven Unterlassen" in *Zeitschr für d.gStrW*, 1909.
- **Krug**, *Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen, Abtheilung: Abhandlungen aus dem Strafrechte*, 1985.
- **Leoncini I.**, *I rapporti tra contratto, reati contratto e reati in contratto* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
- **Leoncini I.**, *La truffa in assunzione ad un pubblico impiego* in *Cass. pen.*, 1999.
- **Leoncini I.**, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.
- **Liberati A.**, *Reati-contratto e in contratto*, Roma, 1998.
- **Lombardi E. M.**, *La responsabilità civile nelle piattaforme digitali nel danno da deepfake di natura sanitaria o biomedica* in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4, 1. 08.2025.
- **Luden H.**, *Abhandlungen aus dem gemeinen Strafrechte, vol I*, Göttingen, 1836.
- **Maglio - Giannelli**, *Aspetti teorici pratici della omissione nel diritto penale*, Milano, 1995.
- **Magni F.**, *Valutare l'azione e l'omissione* in *Notizie di Politeia, Rivista di Etica e Scelte Pubbliche*, Vol. 133.
- **Magro M. B.**, *Orientamenti giurisprudenziali sul nesso causale* in *Cass. pen.*, 1991.
- **Maiwald M.**, *Grundlagen-probleme der Unterlassungsdelikte* in *Juristische Schulung*, 1981.
- **Mantovani F.**, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
- **Mantovani F.**, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2001.
- **Mantovani M.**, *Responsabilità per inosservanza degli obblighi istituiti dal*

d.lgs. n. 626 del 1994, e principio di affidamento in Ambiente, Salute e Sicurezza, Torino, 1997.

- **Marini G.**, *Condotta*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989.
- **Marini G.**, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970.
- **Marinucci G.**, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.
- **Marinucci G.**, *Il reato come «azione». Critica di un dogma e prospettive di riforma*, Milano, 1971.
- **Marinucci G.**, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.
- **Massari**, *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Pisa, 1923.
- **Massaro A.**, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020.
- **Mazzacuva N.**, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.
- **Merkel A.**, *Kriminalistische Abhandlungen*, B.d II.
- **Micheletti D.**, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa* in *disCrimen*, 3.09.2018.
- **Micheletti D.**, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011.
- **Mucciarelli F.**, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota* in *Diritto e quest. pub.*, Palermo, 2011.
- **Nates J.L.**, *To Behave, or not to Behave: That is the question* in *Crit. Care Medicine*, 2006.
- **Niese**, *Finalität, Vorsatz und Fährlosigkeit*, Tübingen, 1951.
- **Novoa Monreal E.**, *Les délits d'omission* in *Rev. sc. Crim.*, 1971.
- **Nuvolone P.**, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana* in *Ind. pen.*, Padova, 1982.
- **Nuvolone P.**, *Il problema della responsabilità oggettiva* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958.
- **Padovani T.**, *Note sulla crisi del modello penale illuministico* in *Ind. pen.*, 1983.
- **Pagliaro A.**, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza?* in *Cass. pen.*, 1991, 2.

- **Pagliari A.**, *Il reato nel Progetto della Commissione Nordio* in *Cass. pen.*, 2005.
- **Pagliari A.**, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989.
- **Palazzo F.**, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974.
- **Paliero C.E.**, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici* in *Riv. it. med. leg.*, 1992.
- **Paliero C.E.**, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari* in *CEDAM (vol.43)*, Padova, 1985.
- **Paonessa C.**, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo* in *disCrimen (web)*.
- **Pedrazzi A.**, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955.
- **Pedrazzi C.**, *Gestione d'impresa e responsabilità penali* in *Riv. Soc.*, 1962.
- **Pellisero M.**, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020.
- **Perin A.**, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, Milano, 2012.
- **Perrotta E.**, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia alla luce della globalizzazione delle malattie infettive* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020.
- **Pisa P. - Calcagno E.**, *Mendacio e truffa: un problema ancora irrisolto* in *Dir. pen. e proc.*, 2006.
- **Pisani N.**, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e Poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003.
- **Prandi S.**, *Alla ricerca del fondamento: posizioni di garanzia fattuali tra vecchie e nuove perplessità* in *Dir. pen. e proc.*, 2021, fasc. 5.
- **Pulitanò D.**, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984.
- **Pulitanò D.**, *L'errore di diritto nella teoria generale del reato*, Milano, 1976.
- **Rachels J.**, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Torino, 1989.
- **Risicato L.**, *Combinazione e interferenza di forma di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.

- **Riverditi M.**, *La doppia dimensione della famiglia (quella “legittima” e quella “di fatto”) nella prospettiva del diritto penale vigente* in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Torino.
- **Rudolph H. J.**, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966.
- **Salvadori I.**, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021.
- **Sammarco G.**, *La truffa contrattuale*, Milano, 1974.
- **Sandulli A.**, *Il silenzio della Pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 1985.
- **Sartre J.P.**, *L'essere e il nulla*, trad. it. di G. Del Bo, Milano, Il Saggiatore, 2014.
- **Sauer W.**, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1921.
- **Schünemann B.**, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung* in *Strafrecht*, Berlin - New York, 1978.
- **Schünemann B.**, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979.
- **Sgubbi F.**, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.
- **Shöne W.**, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Berlin, 1974.
- **Spasari M.**, *L'omissione nella teoria*, Milano, 1966.
- **Spina M.**, “*Il caso Vannini*”. *Brevi note su azioni, omissione e obblighi di garanzia* in *Arch. pen. (web)*, fasc. 3, 16.10.2020.
- **Spina M.**, *La Cassazione-bis sul caso Vannini: l'ospitalità come fonte di obblighi protettivi in una lettura ultrasostanzialistica del reato omissivo* in *Sist. pen. (web)*, 7.09.2021.
- **Stella C. F.**, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria* in *Riv. it. dir. pen. proc. pen.*, 1988.
- **Stile A.M.**, *Omissione, rifiuto e ritardo, Contributo alla dottrina del reato omissivo*, Napoli, 1975.
- **Stratenwerth G.**, *Bemerkungen zum Prinzip der hypothetischen Kausalität*, Karlsruhe, 1972.

- **Summerer K.**, *Causalità ed evitabilità, Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Bolzano, 2013.
- **Šeparovic Z.**, *Die Behandlung des unechten Unterlassungdelikte in Jugoslawien* in *ZstW*, 1965.
- **Tabacco F.**, *Responsabilità omissiva e posizioni di garanzia: La responsabilità ex art. 40 cpv. c.p. può estendersi sulla base di meri indici di fatto?* in *Cass. pen.*, fasc. 1, 2022.
- **Tommaso D'Aquino**, *Summa Theologiae*, Editiones Paulinae, I-II, Quaestio LXXII, art. VI.
- **Tordini Cagli S.**, *Sfere di competenze e nuovi garanti: quale ruolo per il lavoratore?* in *Leg. pen.*, 2020.
- **Varzi A.**, *Mancanze, omissioni e descrizioni negative* in *Rivista di Estetica*, 2007.
- **Veneziani P.**, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006.
- **Viganò F.**, *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace?*, *Considerazioni in margine al caso Welby* in *Riv. it. dir. proc. pen.*.
- **Vinciguerra S.**, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008.
- **Wroen A.L. - Turner N. - Salkovskis P.M.**, *Understanding and predicting parental decisions about early childhood immunizations* in *Health Psychology*, 2004.
- **Zaccaria A.**, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")* in *Riv. dir. civ.*, 2013.
- **Zirulia S.**, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.
- **Zu Dohna Graf**, in *Deutsches Strafrecht*, 1939.

Giurisprudenza citata

- Cass. pen., Sez. II, 17.10.1952 in *Riv. pen.*, 1953, II, p. 189.
- Cass. pen., sez. IV, 28.03.1960 in *Giust. Pen.*, 1960, II, p. 650.
- Cass. pen., sez. I, 1. 06. 1964 in *Cass. Mass. Ann.*, 1964, p. 692.
- BGH, 28.07.1970 in *Juristenzeitung*, 1973, p. 173.
- Cass. pen., sez. V, 17.10.1986, n. 13274 in *Dejure it. (web)*.
- Cass. pen., sez. IV, 21.05.1990, n. 11112 in *CED Cass, pen.*, Rv. 185061.
- Cass. pen., sez. VI, 21.06.1990 in *Cass. pen.*, 1992, p. 947.
- Cass. pen., sez. I, 28.1.1991, n. 5527 in *Dejure it. (web)*.
- Cass. pen., sez. IV, 11.03.1998, n. 3131 in *Jurisdata*.
- Cass. pen., sez. V, 01. 09.1998, n. 10929 in *Dejure it. (web)*.
- Cass. civ., sez. III, 22.01.1999, n. 589 in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 830.
- Cass. pen., sez. VI, 8.1.1999, n. 1957 in *Riv. pen.* 1999, p. 27.
- Sent. CEDU, Grande Camera, 3.04.2001, Keenan c. Regno Unito.
- Cass. sez. un., 27.06.2002, n. 9346 in *Studium Iuris*, 2002, p. 1514.
- Cass. pen., sez. IV, 03.10.2002, n. 38334 in *CED Cass. pen.*, 2002.
- Cass. pen., sez. IV, 15.05.2003, n. 27975 in *CED Cass. pen.*, 2003.
- Cass. pen., sez. IV, 21.01.2004, n. 1484 in *Foro it.*, fasc. 2, 2004, p. 424.
- Cass. pen., sez. VI, 18.05.2004, n. 31436 in *Dejure it. (web)*, 2006, p.120.
- Cass. pen., sez. IV, 25.01.2006, n. 24201 in *Cass. pen.*, 2007, fasc. 5, p. 2036.
- Cass. pen., sez IV, 24.02.2006, n. 6511 in *Dejure it. (web)*.
- Cass. pen., sez. III, 13.04.2007, n. 15050 in *CED Cass. pen.*, 2007.
- Cass. pen., sez. V, 5.05.2007, n. 23838 in *Cass. pen.*, 2008, pp. 109 ss..
- Cass. pen., sez. IV, 22.05.2007, n. 25527 in *CED Cass. pen.*, 2008, Rv. 236852-01.
- Cass. pen., sez. III, 4.10.2007 n. 36389 in *CED Cass. pen.*, 2008.
- Cass. civ. Sez. Un., 11.01.2008 n. 576 in *Giust. Civ.*, 2009, pp. 2533 ss..
- Cass. pen., sez. IV, 07.02.2008, n. 8626 in *CED Cass. pen.*, 2008.

- Cass. Sez. Un., 27.03.2008, n. 26654 in *CED Cass. pen.*, 2008, Rv. 239926-01.
- Cass. pen., sez. IV, 11. 04. 2008, n. 22165 in *Olympus Uniurb. (web)*.
- Cass. pen., sez. II, 13.05.2008 n. 22692 in *CED Cass. pen.*, 2009, Rv. 240413.
- Cass. pen., sez. IV, 29. 04. 2009, n. 21513 in *Dejure it. (web)*.
- Cass. pen., Sez. IV, 24.6.2009, n. 28231 in *CED Cass. pen.*, 2009.
- Cass. pen., sez. IV, 28.01.2010, n. 3585 in *CED Cass. pen.*, 2010.
- Cass. pen., sez. VI, 16.03.2010, n. 11473 in *CED Cass pen.*, Rv. 246690.
- Cass. pen., sez. IV, 7.05.2010, n. 17574 in *CED Cass. pen.*, 2010.
- Cass. pen., sez. IV, 10.06.2010, n. 38991 in *CED Cass. pen.* 2010.
- Cass. pen., sez. VI, 7.10.2010, n. 37757 in *CED Cass. pen.*, 2011, p. 2611.
- Cass. civ., 22.10.2010, n. 21737 in *Mass. Giust. civ.*, 2010.
- Cass. pen., sez. IV, 13.12.2010, n. 43786 in *Foro it.* 2012.
- Corte Ass. Torino, 11.4.2011 in *Dir. pen. cont.*, 18.11.2011.
- Cass. pen., sez. IV, 01.03.2011, n. 15002 in *Guida al diritto* 2011.
- Cass. pen., sez. IV, 07.02.2012, n. 41980 in *Diritto & Giustizia*, 26.10.2012.
- Cass. pen., sez. III, 9.03.2012, n. 9349 in *Riv. pen.*, 2012, 6, p. 630.
- Cass. pen., sez. IV, 24.01.2012, n. 14413 in *CED Cass. pen.*, Rv. 253300.
- Cass. pen., sez IV, 27.08.2012, n. 33311 in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, p. 297.
- Cass. pen., sez. VI, 12.12.2022, n. 46927 in *CED Cass. pen.* 2022.
- Cass. pen., sez. VI, 17.01.2013 n. 9724 in *Famiglia e diritto*, n. 4, 1.04.2013, p. 399.
- Cass. pen., sez. IV, 10.01.2013, n. 27591 in *CED Cass. pen.*, Rv. 255452.
- Cass. pen., sez. IV, 29.01.2013, n. 18569 in *CED Cass. pen.*, 2013, Rv. 255229.
- Corte Ass. App. Torino, 28.2.2013 in *Dir. pen. cont.*, 3.06.2013.
- Cass. pen., sez. IV, 30.08.2013, n. 35827 in *Giur. pen. (web)*.
- Sent. CEDU, 21.10.2013, Del Rio Prada c. Spagna.
- Cass. pen., sez. IV, 6.03.2014, n. 27964 in *CED Cass. pen.*, 2015.
- Cass. pen., sez. VI, 16.04.2014 n. 21056 in *CED Cass. pen.*, 2014.

- Cass., Sez. Un., 24.4.2014, n. 38343 in *Dir. pen, cont.*, 19.9.2014.
- Cass. pen., sez. IV, 13.06.2014 n. 30469 in *Foro it.*, 2015.
- Cass. pen., sez. IV, 4.09.2014, n. 36920 in *Diritto & Giustizia*, 5.09.2014.
- Cass. pen., sez. III, 19.09.2014, n. 48004 in *CED Cass. pen.*, 2015.
- Cass. pen., Sez. Un., 18.09.2014, n. 38343 in *CED Cass. pen.*, 2015.
- Cass., Sez. V, 19.02.2014, n. 3207 in *CED Cass. pen.* 2014.
- Sent. CEDU, 14.04.2015, Contrada c. Italia.
- Cass. pen., sez. IV, 22.03.2016, n. 12223 in *Giur. pen. (web)*.
- Cass. pen., sez. IV, 19.03.2015, n. 22378 n. 988 in *CED Cass. pen.*, 2015.
- Cass. pen., sez. IV, 2015 n. 12251 in *CED Cass. pen.*, 2016.
- Cass. pen., sez. V, 19.10.2015, n. 7974 in *CED Cass. pen.*, 2016.
- Cass. pen., sez. IV, 29.01.2016, n. 34975 in *Cass. pen.*, fasc. 1, 2017.
- Cass. pen., sez. IV, 24.03.2016, n. 12478 in *CED Cass pen.*, 2017, Rv. 26781-01.
- Cass. pen., sez. IV, 11.05.2016 n. 26491 in *CED Cass. pen.*, 2016.
- Cass. pen., sez. IV, 1.06.2016 n. 28571 in *CED Cass. pen.*, 2016.
- Sent. CEDU, sez. IV, 22.11.2016, Hiller c. Austria.
- Cass. pen., sez. IV, 11.10.2016, n. 48793 in *CED Cass. pen.*, 2017.
- Cass. pen., sez. IV, 4.04.2017, n. 22606 in *CED Cass. pen.*, 2017, Rv. 269972.
- Cass. pen., sez. IV, 20.04.2017, n. 28187 in *Rass. dir. farm.* 2017, 4, p. 742.
- Cass. civ., 13.10.2017, n. 24071 in *Giur. it.*, 2018, pp. 2361 ss..
- Cass. pen., sez. IV, 09.11.2017, n. 52539 in *CED Cass. pen.*, 2017.
- Cass. pen., sez. IV, 9.11.2017, n. 52536 in *CED Cass. pen.*, 2018, Rv. 271536.
- Cass. pen., sez. IV, 21.11.2017, n. 5 in *CED Cass. pen.*, 2018.
- Cass. pen., sez. IV, 28.02.2018, n. 9133 in *Cass.pen.*, 2018, pp. 3214 ss..
- Cass. Sez. Un., 21.05.2018, n. 12477 in *Dejure it. (web)*
- Cass. pen., sez. IV, 5.10.2018, n. 47801 in *CED Cass. pen.*, 2019.
- Cass. pen., sez. IV, 2.11.2018, n. 49886 in *CED Cass. pen.*, 2019.
- Cass. pen., sez. IV, 23.03.2019, n. 17491 in *CED Cass. pen.*, 2020.

- Cass. pen., sez. IV, 9.04.2019, n. 24372 in *CED Cass. pen.*, 2020.
- Cass. pen., sez. IV, 18.04.2019, n. 39261 in *CED Cass. pen.*, 2019.
- Cass. pen., sez. IV, 15.05.2019 n. 20837 in *CED Cass. pen.*, 2020.
- Cass. pen., sez. IV, 22.05.2019, n. 22214 in *CED Cass. pen.*, 2020, Rv. 276685-01.
- Cass. pen., sez. III, 31.05.2019, n. 47822 in *Rass. dir. farm.* 2020, 2, p. 281.
- Cass. pen., sez. IV, 5.06.2019, n. 37224 in *CED Cass. pen.*, 2020.
- Cass. pen., sez. IV, 12.09.2019, n. 37765 in *CED Cass. pen.*, 2020.
- Cass. pen., sez. III, 2.10.2019, n. 9347 in *Diritto & Giustizia*, 9.03.2020.
- Cass. pen., sez. I, 26.11.2019, n. 48014 in *Foro it.*, 2020, II, pp. 217 ss..
- Cass. pen., sez. I, 7.02.2020, n. 9049 in *CED Cass. pen.*, 2020.
- Cass. pen., sez. I, 6.03.2020, n. 9049 in *Sist. pen. (web)*, 2020.
- Cass. pen., sez. IV, 4.02.2020, n. 13848 in *CED Cass. pen.*, Rv. 279137.
- Cass. pen., sez. IV, 29.09.2020, n. 28316 in *CED Cass. pen.*, 2021.
- Cass. pen., sez. IV, 3.02.2021, n. 18665 in *CED Cass. pen.*, 2021.
- Cass. pen., sez. IV, 4.02.2021, n. 20378 in *Cass. pen.*, 2022, 1, p. 180.
- Cass. pen., sez. IV, 19.05.2021, n. 33596 in *CED Cass. pen.*, 2022.
- Cass. pen., sez. III, 19.05.2021 n. 34087 in *Quotidiano giuridico*, 2021.
- Cass. pen. sez. IV, 24.05.2021 in *Riv. it. med. leg.*, pp. 1129 ss..
- Cass. pen., sez. IV, 3.06.2021, n. 21544 in *CED Cass. pen.*, 2021, Rv. 281334-01.
- Cass. pen., sez. V, 19.07.2021 n. 27905 in *CED Cass. pen.*, 2021.
- Cass. pen., sez. IV, 15.09.2021, n. 33976 in *CED Cass. pen.*, Rv. 281748.
- Cass. pen., sez. VI, 6.12.2021 n. 1176 in *CED Cass. pen.*, 2022.
- Cass. pen. sez. I, 4. 04.2022 n. 42507 in *CED Cass. pen.*, 2022.
- Cass. pen., sez. IV, 4.07.2022, n. 25327 in *CED Cass. pen.*, 2022.
- Cass. pen., sez. VI, 12.12.2022 n. 46927 in *CED Cass. pen.* 2022.
- Cass. pen., sez. IV, 3.05.2023, n. 35895 in *Diritto & Giustizia*, fasc. 146, 30.08.2023

- Cass. pen., sez. IV, 12.09.2023, n. 51452 in *CED Cass. pen.*, 2024.
- Cass. pen., sez. II, 3.10.202, n. 46209 in *Diritto & Giustizia*, 17.11.2023.
- Cass. pen., sez. VI, 6.12.2023, n. 48745 in *CED Cass. pen.*, 2024.
- Cass. pen., sez. VI, 24.01.2024, n. 8617 in *CED Cass. pen.*, 2024.
- Cass. pen., sez. VI, 3.07.2024, n. 26185 in *CED Cass. pen.*, 2025.
- Cass. civ., sez. I, 9.12.2024, n. 31662 in *Mass. Giust. civ.*, 2025.
- Cass. pen., sez. III, 21.01.2025, n. 2372 in *Massima redazionale*, 2025.
- Cass. pen., sez. VI, 28.03.2025, n. 16994 in *CED Cass pen.*, 2026.
- Cass. pen., Sez. Un., 10.04.2025, n. 27515 in *Guida al diritto*, 2025
- Cass. pen., sez. VI 15.05.2025, n. 30567 in *CED Cass. pen.*, 2025.
- Cass. pen., sez. IV, 4.07.2025, n. 26842 in *Dejure it. (web)*.
- Cass. pen., sez. IV, 10.07.2025, n. 29235 in *CED Cass. pen.*, 2026.
- Cass. pen., sez. IV, 4.08.2025, n. 28427 in *CED Cass. pen.*, 2026.
- Cass. pen., sez. IV, 1.10. 2025, n. 32520 in *CED Cass. pen.*, 2026.
- Cass. pen., sez. IV, 21.11.2025, n. 1909 in *CED Cass. pen.*, 2026.
- Trib. Roma, sez. III, 20.12.2025 in *Redazione Giuffrè*, 2026
- Cass. civ. sez. III, ord. 7.04.2026, n. 8676 in *Dejure it. (web)*.