

Riflessioni in materia di reato omissivo improprio: le posizioni di garanzia “di fatto” alla luce delle più recenti applicazioni giurisprudenziali

di **Andrea Conte** e **Lorenzo Coran**

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La dottrina sulle fonti dell’obbligo giuridico di impedire l’evento. - 3. Alcune (soltanto) delle posizioni di garanzia di fatto di pura creazione giurisprudenziale. - 4. Presupposti, argomentazioni e fallacie della sentenza Vannini-“bis”. - 5. Clausole generali e principio di legalità in materia penale: riflessioni necessarie tra le “altalene” giurisprudenziali. - 6. “In direzione ostinata e contraria”: verso un diritto penale *meno duttile*.

1. Introduzione.

L’art. 40, comma 2 del nostro codice penale svolge - per antonomasia - una funzione estensiva della tipicità penale in quanto i reati omissivi impropri non sono generalmente contemplati da apposite norme di parte speciale, rappresentando piuttosto la loro previsione il risultato del combinato disposto di una norma incriminatrice, che vieta la causazione di un evento, e dell’art. 40 cpv. c.p.¹.

L’effetto ottenuto dal Legislatore è dunque quello di “creare, con una clausola di tipo generale, fattispecie di reato non espressamente previste come realizzabili attraverso condotte omissive”².

Ne consegue la preliminare necessità di un richiamo “implicito” a fattispecie incriminatrici di volta in volta rilevanti per la criminalizzazione di ipotesi altrimenti a-tipiche: si tratta, in altre parole, di una vera e propria macro-

¹ Sul punto v., *ex multis*: A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2015, p. 232; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2019, p. 259; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, p. 141. In dottrina si è osservato, inoltre, che diversamente da quanto vale per i reati omissivi propri, la fattispecie tipica di reato omissivo improprio potrà ritenersi configurata soltanto in presenza di un reato caratterizzato da un evento naturalistico, e non anche per i reati di pura condotta: cfr. M. SINISCALCO, *Causalità (Rapporto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, VI, p. 649. Inoltre, è stata esclusa l’applicabilità dell’art. 40, comma 2, c.p. anche in relazione ai reati a forma vincolata (sul punto v., *ex multis*, A. CADOPPI, M. ZANOTTI, *Il reato omissivo*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, Torino, 2001, II, p. 66 ss.).

² E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, Milano, 2015, I, p. 536.

clausola³ che, nella sua apoditticità, ha dato adito a diversi problemi applicativi e - ancor prima - dogmatici.

In prima battuta, a fronte della generale maggior agevolezza nel riscontrare la tipicità di una condotta attiva, indubbiamente più problematico risulta infatti l'accertamento della conformità al tipo di una condotta omissiva. Ed è proprio tale difficoltà che ha spinto il Legislatore del 1930 ad introdurre, all'art. 40 cpv. c.p., la c.d. clausola di equivalenza, disponendo che, nei casi in cui sussiste un obbligo giuridico di impedire l'evento, l'omesso impedimento di quest'ultimo equivale alla produzione dello stesso mediante una condotta attiva⁴.

La formulazione della norma rappresenta l'esito di un giudizio di bilanciamento fra contrapposti valori costituzionalmente tutelati: da un lato, infatti, l'ampliamento della tipicità penale ivi prevista rappresenta un'attuazione degli inderogabili doveri di solidarietà previsti dall'art. 2 Cost.⁵; dall'altro, tuttavia, la norma ha dovuto, al contempo, tenere in debita considerazione i diritti di libertà riconosciuti dall'art. 13 Cost., al fine di evitare una loro eccessiva compressione⁶. Pertanto, è bene sin d'ora evidenziare che la sussistenza, in capo a taluno, del dovere di impedire fatti lesivi a carico di beni altrui "non può che rappresentare un'eccezione"⁷; eccezione che si configura solo nel caso in cui sussista, in capo al soggetto, un obbligo giuridico di scongiurare l'evento, vale a dire nel caso in cui egli occupi una c.d. posizione di garanzia relativa al non verificarsi dell'evento stesso.

³ Utilizza l'espressione "clausola generale di incriminazione suppletiva" per evidenziare il concreto funzionamento dei disposti dell'art. 40, comma 2 (reato omissivo improprio), dell'art. 56 (tentativo), dell'art. 110 (concorso di persone nel reato) e dell'art. 113 c.p. (cooperazione colposa), D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2012, p. 14, consultabile al sito: www.penalecontemporaneo.it. La definizione riportata dall'Autore e qui riproposta si deve a L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, *passim*.

⁴ Sul punto si v. A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di Diritto Penale*, cit., p. 232.

⁵ La giurisprudenza (si cfr., fra tutte, Cass. pen., 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2726 ss.) si è espressa nel senso che la norma di cui all'art. 40, comma 2, c.p. dev'essere interpretata in termini solidaristici in base alle norme costituzionali degli artt. 2 (che ispirandosi al principio solidaristico esige l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale), 32 (che esalta il diritto alla salute, e quindi alla integrità psico-fisica) e 41, comma 2, Cost. (che pretende che l'iniziativa economica non si svolga in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana).

⁶ E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Codice penale*, cit., p. 536.

⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 646.

Il punto nevralgico, ai fini dell'applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p. e, di conseguenza, ai fini della punibilità dei reati omissivi impropri, diventa quindi la concreta individuazione degli obblighi giuridici di impedimento. Senonché, l'art. 40, comma 2, c.p. si limita laconicamente ad enunciare la clausola di equivalenza tra omissione ed azione, demandando all'interprete il delicato compito di individuare i casi in cui possano ritenersi sussistenti tali obblighi giuridici, la cui violazione possa condurre all'affermazione della responsabilità penale del soggetto in capo al quale essi sono posti nel caso in cui l'evento da scongiurare si verifichi. Compito che, tuttavia, è tutt'altro che agevole in una società sempre più complessa e in un diritto penale - come da vari autori tradizionalmente sottolineato, nella letteratura concernente l'art. 40 cpv.⁸ - fondato sul rispetto del principio di legalità.

La complessità del tema, del resto, è dimostrata dal fatto che dottrina e giurisprudenza hanno dato risposte talvolta molto diverse in relazione ai criteri di individuazione degli obblighi giuridici di impedire l'evento. Si tratta, quindi, di un ambito in relazione al quale si può riscontrare non solo una vasta varietà di opinioni, ma altresì una certa dissociazione tra il formante dottrinale e quello giurisprudenziale.

Alla luce di ciò, ai fini della presente trattazione è opportuno dare conto separatamente prima degli approdi dottrinali, poi di quelli giurisprudenziali, concentrandosi poi su questi ultimi, in quanto è soprattutto in essi che ha trovato terreno fertile la possibilità di riconoscere la sussistenza di posizioni di garanzia derivanti da mere situazioni di fatto.

2. La dottrina sulle fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Tradizionalmente, la dottrina italiana non ha dimostrato una particolare attenzione al problema, in sostanza limitandosi ad enunciare la teoria formale delle posizioni di garanzia⁹, secondo la quale la possibilità di fondare un obbligo giuridico di impedire l'evento spetterebbe solo a particolari fonti, qualificate dal punto di vista formale e riconducibili, in sostanza, al c.d. "trifoglio": si tratterebbe, cioè, della legge (anche extra-penale), del contratto (la cui rilevanza, comunque, deriva in ultima analisi pur sempre dalla normativa civilistica) e della precedente attività pericolosa posta in essere dal soggetto stesso¹⁰.

⁸ V., su tutti, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 2, p. 32 ss.; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, *ivi*, 2001, 2, p. 337 ss..

⁹ F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 121.

¹⁰ Alcuni sostenitori della teoria formale aggiungono, poi, al catalogo appena enunciato due ulteriori fonti formali: la consuetudine e la gestione di affari altrui. In tal senso v., per esempio, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 141-142. In senso critico,

L'orientamento tradizionale, tuttavia, non è esente da critiche, in quanto darebbe eccessivo rilievo "all'aspetto di validità ed efficacia formale del fattore genetico"¹¹ delle posizioni di garanzia, risultando pertanto incapace di dare adeguata soluzione a tutte le fattispecie in cui, in concreto, si presenti un problema di responsabilità omissiva¹². Inoltre, è stato evidenziato che la teoria formale "entra in contraddizione con se stessa nell'includere, tra le fonti dell'obbligo di impedire l'evento, l'agire pericoloso precedente"¹³, in quanto non vi è nessuna norma da cui derivi l'obbligo, per il soggetto che pone in essere un'attività pericolosa, di scongiurare le conseguenze dannose di tale attività nei confronti dei terzi¹⁴.

L'insoddisfazione verso l'orientamento tradizionalmente affermatosi ha portato gli autori che più di recente si sono confrontati con il tema a richiamare, in via alternativa¹⁵ o integrativa¹⁶, criteri di tipo sostanziale o contenutistico-funzionale.

Secondo tale orientamento, ai fini dell'attribuzione a taluno di una responsabilità penale ex art. 40, comma 2, c.p. per omesso impedimento dell'evento non rileverebbe tanto (o solo) un'investitura formale, da cui derivi l'imposizione in parola, quanto piuttosto "una effettiva posizione di garanzia

però, G. MARINUCCI, *Consuetudine*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1961, IX, p. 507. Per delle riflessioni sulla "precedente attività pericolosa", si v. invece *infra*, §§ 4 e 5.

¹¹ M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, I, p. 383.

¹² In tal senso G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 192 e F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 118.

¹³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 648.

¹⁴ Si noti che questa critica ha trovato consensi persino tra gli stessi sostenitori della teoria formale: cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 142, il quale osserva che "[p]oiché il nostro c.p. segue la *teoria formale* dell'obbligo, è in linea di principio da escludere che la propria attività antecedente possa, di per sé, costituire la fonte del dovere di impedire, proprio perché una tale fonte non esiste nell'ordinamento".

¹⁵ In tal senso v., per esempio, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, *passim* e F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., *passim*.

¹⁶ In tal modo nasce, di fatto, una terza teoria, denominata mista o eclettica. Cfr., *ex multis*, M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico*, cit., p. 391, in cui si legge che "la teoria formale e la teoria funzionale dell'obbligo di impedire l'evento necessitano di reciproca integrazione". Si vedano altresì G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., *passim* e F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 620 ss., il quale in relazione alle due teorie invalse in dottrina osserva che "se l'una eccede nel formalizzare la posizione di garanzia, l'altra ne radicalizza la dimensione sostanziale", dovendo pertanto essere, le due teorie, sottoposte ad una "necessaria mediazione".

- che l'ordinamento attribuisce ad un determinato soggetto - del suo non verificarsi"¹⁷.

Deve, quindi, attribuirsi ai fautori dell'orientamento funzionalistico l'elaborazione dell'espressione stessa "posizione di garanzia" (dal tedesco *Garantenstellung*¹⁸), la quale, secondo tale concezione, sarebbe individuabile per il tramite di criteri desumibili dalla specifica funzione attribuita alla responsabilità ex art. 40 cpv. nel nostro sistema penale, alla cui base sta la "necessità [...] di assicurare a determinati beni una tutela rafforzata, stante l'incapacità [...] dei loro rispettivi titolari a proteggerli adeguatamente" e da cui deriverebbe "l'attribuzione a taluni soggetti, diversi dai rispettivi titolari, della speciale posizione di *garanti* dell'integrità dei beni che si ha interesse a salvaguardare"¹⁹. Senonché, anche tale orientamento dottrinale ha prestato il fianco a censure, essendo stato da più parti rilevato un insanabile contrasto sia con la previsione, da parte dell'art. 40 cpv., della *giuridicità* dell'obbligo, sia con il principio di determinatezza della fattispecie, sia infine con il principio di legalità²⁰.

La più accorta dottrina ha manifestato, quindi, una valutazione complessivamente negativa dell'art. 40 cpv. c.p., in quanto il suo dettato porrebbe l'interprete di fronte ad una "alternativa inquietante: o la posizione di garanzia [...] non è prevista dalla legge, e allora è violato il principio della riserva di legge, o è invece prevista, ma con scarsamente tollerabile genericità e approssimazione, e allora è violato il principio di determinatezza"²¹. Volendo tentare di districarsi da tale "alternativa inquietante", si giungerebbe in ogni caso ad un risultato insoddisfacente in un sistema penale come il nostro, avuto riguardo ai principi fondamentali che lo informano.

¹⁷ Così M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico*, cit., p. 383.

¹⁸ La teoria funzionale, infatti, è stata mutuata dalla dottrina della c.d. *Garantenlehre*, sorta in Germania negli anni Trenta: si vedano, per esempio, A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1988, *passim* e A. SCHÖNKE - F.C. SCHROEDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2019, p. 221 ss. Si noti, tuttavia, che nell'ordinamento tedesco la dottrina delle posizioni di garanzia beneficia di un preciso fondamento testuale, a differenza che nel nostro ordinamento, dove l'art. 40 cpv. c.p. fa espresso riferimento ad un obbligo "giuridico" di impedire l'evento.

¹⁹ Anche per la citazione precedente: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 650.

²⁰ Più diffusamente, in relazione a tutte le clausole generali del diritto penale, v. G. CONTENUTO, *Clausole generali e regole di interpretazione come «principi di codificazione»*, in AA.VV., *Valori e principi della codificazione italiana: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze*, Padova, 1993, p. 110, il quale evidenzia che "le c.d. clausole generali rivelano la loro potenziale pericolosità in relazione alla loro assai difficile compatibilità con i principi di stretta legalità e determinatezza dell'illecito penale".

²¹ M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico*, cit., p. 392.

Ferma la richiamata varietà delle opinioni espresse a proposito della fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, è comunque possibile, all'interno della categoria generale delle posizioni di garanzia, procedere ad una classificazione funzionale (delineata dalla dottrina e condivisa anche dalla giurisprudenza), in base alla quale le posizioni di garanzia sono inquadrabili in due tipologie fondamentali: le *posizioni di protezione*, che hanno lo scopo di "preservare 'determinati beni giuridici' da tutti i pericoli che possono minacciarne l'integrità, quale che sia la fonte da cui scaturiscono"²² e le *posizioni di controllo*, che hanno lo scopo di "neutralizzare 'determinate fonti di pericolo', in modo da garantire l'integrità di tutti i beni giuridici che ne possono risultare minacciati"²³. Si noti che parte della dottrina propone, invece, una tripartizione delle posizioni di garanzia, accostando alle due tipologie predette quella del *dovere di impedire la commissione di reati da parte di terzi*²⁴.

²² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 652, dove viene riportato l'esempio dei genitori, che hanno "l'obbligo di porre al riparo i figli minori da tutti i pericoli che li minacciano". In giurisprudenza, è stata riconosciuta l'esistenza di una posizione di protezione, per esempio, in capo al genitore che non ha impedito la consumazione di maltrattamenti e violenze sessuali in danno della figlia minore (Cass. pen., sez. III, 13 marzo 2014, n. 15109, in *Danno e Resp.*, 2014, 5, p. 557 ss.) oppure in capo al medico, che assume una posizione di garanzia della tutela della salute del paziente (cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 2 dicembre 2011, n. 13547, rv. 253293).

²³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 652, dove viene riportato l'esempio del proprietario dell'edificio pericolante, che ha "l'obbligo di impedire il verificarsi di eventi dannosi a carico di tutti i soggetti - preventivamente non determinabili - che possono trovarsi nelle vicinanze dell'edificio medesimo". Volendo esemplificare ulteriormente, si pensi al datore di lavoro, che è titolare di una posizione di controllo su quei macchinari potenzialmente idonei a ledere l'integrità fisica di terzi, in particolare dei lavoratori. In giurisprudenza, per esempio, è stata riconosciuta l'esistenza di una posizione di controllo in capo al gestore di un centro sportivo che non ha provveduto alla manutenzione delle infrastrutture e delle attrezzature (Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2011, n. 18798, rv. 253918), in capo al proprietario di una strada, anche privata, che ha l'obbligo di eliminare eventuali fonti di pericolo e di apprestare adeguate protezioni (Cass. pen., sez. IV, 7 novembre 2000, n. 12826, in *Guida al Diritto*, 2001, 2, p. 89 ss.) o, ancora, in capo al comandante di una nave che, ai fini dello svolgimento in sicurezza delle operazioni connesse all'ingresso dei veicoli sul natante, non aveva adottato sistemi protettivi di transennamento ed illuminazione della banchina, provocando la caduta in mare di un veicolo (Cass. pen., sez. IV, 16 dicembre 2003, n. 7214, rv. 227877).

²⁴ In tal senso v. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 293 ss. e, in senso adesivo, L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1339 ss. Sul punto v. anche A. SERENI, in *Trattato di diritto penale. Parte Generale, vol. II*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Milano, 2013, p. 73.

Peraltro, è proprio in punto di classificazione funzionale delle posizioni di garanzia che è dato rinvenire un interessante orientamento dottrinale, i cui sostenitori ritengono necessario ragionare diversamente, operando una *summa divisio* tra le tre diverse tipologie dell'*obbligo di attivarsi*, dell'*obbligo di garanzia* e dell'*obbligo di sorveglianza*²⁵. Da tale distinzione deriverebbe l'importante conclusione secondo cui solamente la violazione di un obbligo di garanzia in senso proprio - inteso come "l'obbligo *giuridico*, che grava su *specifiche categorie predeterminate* di soggetti *previamente* forniti degli adeguati *poteri giuridici*, di impedire eventi offensivi di beni altrui, *affidati* alla loro tutela per l'*incapacità* dei titolari di adeguatamente proteggerli"²⁶ - sarebbe idoneo a giustificare una responsabilità per omesso impedimento dell'evento, ex art. 40 cpv. c.p.. Per contro, inidonei in tal senso sarebbero sia l'obbligo di sorveglianza, che si differenzerebbe dall'obbligo di garanzia in quanto i poteri giuridici sarebbero "non impeditivi, ma di mera *vigilanza* e di *informazione* sulla situazione di pericolo, spettando solo al titolare del bene o al garante, informati dal sorvegliante, i poteri di intervento impeditivi"²⁷, sia il mero obbligo di attivarsi, che comprenderebbe, per esclusione, "ogni obbligo *giuridico* di agire per la tutela di certi beni, imposto a soggetti, *privi* di poteri giuridici impeditivi e di sorveglianza, dalla norma incriminatrice al verificarsi del *presupposto di fatto*, dalla stessa indicato"²⁸ (in tale ipotesi, quindi, l'obbligo di impedire l'evento non preesiste, ma *sorge* al verificarsi di tale presupposto di fatto).

Con buona pace del principio di responsabilità penale personale.

3. Alcune (soltanto) delle posizioni di garanzia di fatto di pura creazione giurisprudenziale.

Nel paragrafo precedente si è dato brevemente conto delle opinioni espresse dalla dottrina in relazione all'individuazione delle fonti da cui derivare la sussistenza di posizioni di garanzia, sulle quali fondare una responsabilità per

²⁵ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 10 ss. e F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 337 ss..

²⁶ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 342.

²⁷ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 343, che menziona quale esempio paradigmatico in tal senso quello dei sindaci di società per azioni, che sarebbero gravati dell'obbligo "non di impedire, perché privi secondo il diritto italiano dei corrispondenti poteri, ma di vigilare e di informare gli organi societari dei reati commessi nella società".

²⁸ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 343. Secondo l'Autore, esempio paradigmatico in tal senso sarebbe l'obbligo di soccorso a persona in pericolo, previsto nel nostro codice penale all'art. 593, il quale "distingue[rebbe] il soccorritore occasionale dal garante, perché questi ha il preesistente potere giuridico di inibire il sorgere della stessa situazione di pericolo [...], mentre il primo può, di fatto, soltanto impedire che questa si evolva in evento lesivo o più lesivo".

omesso impedimento dell'evento ai sensi dell'art. 40 cpv. del nostro codice penale.

Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza, è dato rinvenire sia sentenze che hanno inteso il requisito dell'obbligo di impedire l'evento alla luce della concezione formale, per lo più intesa come rinvio a fonti di produzione normativa²⁹, sia sentenze che lo hanno inteso alla luce della concezione sostanzialistica³⁰.

In quest'ultimo senso, la giurisprudenza di legittimità ha sovente ritenuto sufficiente, ai fini dell'individuazione di una posizione di garanzia, anche l'assunzione volontaria ed unilaterale di compiti di tutela, in assenza di un preesistente obbligo giuridico, attraverso la materiale "presa in carico" del bene, mostrando quindi una vistosa apertura verso la dottrina delle posizioni di garanzia (la c.d. *Garantenlehre* di matrice tedesca), da cui deriva - come noto - la possibilità di riconoscere la sussistenza di posizioni di garanzia scaturenti, oltre che da fonti normative, anche da mere situazioni di fatto. Si è assistito, quindi, ad una vera e propria "espansione giurisprudenziale delle posizioni di garanzia"³¹.

Alla luce di ciò, risulta di indubbio interesse una disamina delle pronunce che si sono espresse in tal senso, al fine di valutare se e come la Suprema Corte sia riuscita a conciliare il riconoscimento di posizioni di garanzia "di fatto" con i principi cardine su cui si basa il nostro ordinamento penale, in particolare con il principio di legalità e con il principio di responsabilità penale personale.

²⁹ In tal senso v., *ex multis*: Cass. pen., sez. III, 22 novembre 2007, n. 47083, rv. 238471; Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2006, n. 16998, rv. 233831; Cass. pen., sez. III, 1 dicembre 2005, n. 3124, rv. 233422; Cass. pen., sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 13241, in *Guida al Diritto*, 2005, 42, p. 89 ss.; Cass. pen., sez. IV, 8 febbraio 2005, n. 12275, rv. 231321; Cass. pen., sez. IV, 1 dicembre 2004, n. 9739, rv. 230820; Cass. pen., sez. IV, 29 ottobre 2004, n. 7610, in *Guida al Diritto*, 2005, 16, p. 84 ss., che, accanto alla "fonte normativa di diritto privato o pubblico", menziona anche la "situazione di fatto per precedente condotta illegittima".

³⁰ Per tale orientamento v.: Cass. pen., sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 17069, rv. 253067; Cass. pen., sez. IV, 9 maggio 2006, n. 32273, rv. 235177; Cass. pen., sez. IV, 9 novembre 2004, n. 3458, rv. 230897; Cass. pen., sez. IV, 8 ottobre 2003, n. 1484, rv. 227337; Cass. pen., sez. IV, 11 dicembre 2002, n. 4827, in *Guida al Diritto*, 2003, 16, p. 93 ss.. Interessante, sul punto, è Cass. pen., sez. IV, 26 settembre 2019, n. 42867, rv. 277630, in cui si afferma che "[i]n un ordinamento fondato sul principio di stretta legalità, la tesi preferibile è che i criteri sostanziali non possano assumere il ruolo di autentiche alternative rispetto ai criteri formali, ma possano fungere da correttivi ai quali ricorrere per evitare che la giuridicità formale degeneri in mero formalismo, andando a colmare il possibile scarto tra il piano astratto individuato dalla giuridicità formale e quello concreto modellato sulle peculiarità del singolo caso".

³¹ A. SERENI, in *Trattato di diritto penale*, cit., p. 74.

Ebbene, una simile analisi non può che prendere le mosse da una sentenza della Suprema Corte di una quindicina di anni fa³², che ha anticipato di molto le parzialmente diverse argomentazioni espresse dalla Corte stessa nella ben nota e recentissima sentenza Vannini-*“bis”*³³.

In quell'occasione, i giudici di legittimità hanno confermato le valutazioni dei giudici di merito, ritenendo responsabile per omicidio colposo il soggetto che, assunto l'incarico di controllare il rientro notturno, a bordo di alcuni slittini, degli avventori di un rifugio di montagna, precedendoli con una motoslitta munita di un faro, aveva trascurato di fare in modo che il gruppo rimanesse compatto; tanto che due donne, a bordo di uno degli slittini, attardatesi, avevano imboccato un percorso erraneo, particolarmente ripido e ghiacciato, andando poi ad impattare contro un albero. La Corte di cassazione ha ritenuto meritevole di accoglimento la pronuncia di condanna della Corte d'appello di Trento, secondo la quale "l'assunzione di fatto del ruolo di accompagnatore ha reso l'imputato responsabile a tutti gli effetti nei confronti delle persone che scendevano a valle di notte".

Nella propria sentenza, la Suprema Corte ha anzitutto fatto riferimento alla posizione dei gestori del rifugio, indubbiamente gravati da una posizione di garanzia di fonte contrattuale nei confronti dei clienti, essendosi "fatti[i] carico di curare il rientro in sicurezza dei partecipanti a fronte delle oggettiva pericolosità di quel trasferimento notturno da compiersi sui declivi montuosi innevati e bui", poi assolti nel corso del giudizio, in quanto "si erano adoperati per assicurare il miglior esito di quel rientro predisponendo gli slittini ed un veicolo a motore munito di un faro"³⁴.

Per quanto riguarda, invece, la posizione dell'imputato, il quale era persona particolarmente esperta e conoscitrice dei percorsi, trattandosi di poliziotto addetto al servizio piste, la Corte, nel motivare il rigetto del ricorso presentato dalla difesa dell'imputato stesso, ha dapprima richiamato le teorie esistenti in dottrina in punto di individuazione delle fonti degli obblighi giuridici di impedimento degli eventi, rilevanti ex art. 40 cpv. c.p., per poi soffermarsi sulla fonte contrattuale, ritenuta quella rilevante nel caso posto alla sua attenzione. Ciò perché, secondo la Suprema Corte, "la fonte convenzionale dell'obbligo di garanzia include non soltanto i contratti tipici ma anche tutti gli atti negoziali atipici"³⁵, tra i quali ultimi figurerebbe la nota categoria,

³² Il riferimento corre a Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, in *Cass. pen.*, 2008, 3, p. 989 ss., con nota di L. GIZZI, *Le fonti dell'obbligo di garantire che non si verifichi l'evento lesivo*.

³³ Sulla quale, v. *infra*, § 4.

³⁴ Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, cit., p. 990, da cui sono tratte anche le citazioni immediatamente precedenti.

³⁵ Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, cit., p. 992.

elaborata dalla consolidata giurisprudenza civilistica³⁶, del contatto sociale qualificato. La Cassazione, peraltro, precisa che “anche nel caso di assunzione consensuale, ciò che rileva maggiormente è l’oggettiva presa in carico”³⁷, mostrando quindi di aderire, in punto di individuazione delle posizioni di garanzia, alla concezione c.d. mista (che la Corte chiama “eclettica”³⁸), basata su un’integrazione tra criteri formali e criteri sostanziali.

Volgendo, poi, lo sguardo al caso posto alla sua attenzione, la Suprema Corte ha evidenziato come “l’imputato avesse di fatto assunto l’incarico, ponendosi alla guida di una moto-slitta munita di un faro e dirigendo e controllando la discesa”; assunzione che - continua la Corte - “era ben nota e presente ai discesisti”³⁹, i quali si convinsero ad affrontare il pericoloso rientro a valle facendo affidamento proprio sulla competenza del poliziotto fuori servizio. Alla luce di tali premesse, la Cassazione ha ovviamente concluso affermando la sussistenza, in capo all’imputato, di una posizione di garanzia “di fatto” nei confronti dei discesisti inesperti.

Della motivazione della sentenza appena richiamata è bene evidenziare due aspetti essenziali. Anzitutto, di indubbio interesse è il riferimento alla teoria civilistica del contatto sociale qualificato, poiché il richiamo alla stessa ha permesso alla Suprema Corte di riconoscere l’esistenza di una posizione di garanzia “di fatto”, pur non sconfessando la teoria formale. Anche altre sentenze hanno fatto riferimento al contatto sociale per giustificare la sussistenza di una posizione di garanzia, per esempio nel caso del crollo di un edificio scolastico a seguito di evento sismico, in cui la Cassazione ha ritenuto la responsabilità a titolo di omicidio colposo del dirigente scolastico che, gravato da una posizione di garanzia derivante dal contatto sociale e consapevole delle carenze strutturali dell’edificio, aveva ommesso di adottare i necessari provvedimenti volti alla salvaguardia degli alunni⁴⁰.

Ancora, si è ragionato negli stessi termini nel caso che ha visto imputati i medici sportivi di due squadre di calcio che, pur estranei all’apparato di primo soccorso presente sul campo al momento della partita, di fatto erano tuttavia intervenuti in soccorso di un giocatore colpito da un malore⁴¹.

³⁶ Si vedano, esemplificativamente, Cass. civ., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2635 ss. e Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Giur. it.*, 2020, p. 2530 ss..

³⁷ Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, cit., p. 993.

³⁸ Sul punto cfr. *supra*, § 2, nota 16.

³⁹ Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, cit., p. 994.

⁴⁰ Il riferimento è a Cass. pen., sez. IV, 23 ottobre 2015, n. 2536, rv. 265795.

⁴¹ Si tratta di Cass. pen., sez. IV, 9 aprile 2019, n. 24372, in *Guida al Diritto*, 2019, 31, p. 89 ss..

La teoria del contatto sociale, infine, è stata richiamata, pur "*a fortiori*" rispetto alle argomentazioni adoperate per motivare il tenore della propria pronuncia, dalla celebre sentenza Vannini-"*bis*"⁴².

Senonché, a ben vedere, argomentando mediante il riferimento al contatto sociale, anche il contratto - oltre alla precedente attività pericolosa -, tra le fonti del classico "trifoglio" riconducibile alla teoria formale⁴³, si mostrerebbe, nella misura in cui vi possano rientrare anche gli atti negoziali atipici, sensibile ad un'individuazione in fatto, e non necessariamente tramite fonti formali, della titolarità delle posizioni di garanzia: il che, indubbiamente, significherebbe *far rientrare dalla finestra ciò che, apparentemente, era stato fatto uscire dalla porta*.

In altre parole, mediante il riferimento alla teoria del contatto sociale è possibile (sul piano declamatorio) aderire alla teoria formale, e ciononostante riconoscere la titolarità di una posizione di garanzia per mera "presa in carico" del bene, aggirando il principio di legalità in materia penale.

Il secondo aspetto della pronuncia del 2007 che merita di essere evidenziato, e che rischia di passare inosservato, è l'indubbia rilevanza, ai fini del riconoscimento di una posizione di garanzia di fatto, ascritta dalla Suprema Corte all'esperienza dell'imputato, sulla quale gli altri aventori del rifugio avrebbero fatto affidamento per la discesa a valle. Infatti, tra le sentenze riconducibili all'orientamento giurisprudenziale qui di interesse - secondo cui basterebbe, per assumere la titolarità di una posizione di garanzia in relazione ad un determinato bene, la fattuale "presa in carico" di quest'ultimo - ve ne sono alcune che, nonostante l'adesione a tale principio, hanno poi escluso la sussistenza, nella fattispecie concreta posta alla loro attenzione, di una posizione di garanzia in capo all'imputato, in ragione dell'assenza di un "*gap* esperienziale" tra il preteso titolare della posizione di garanzia ed il soggetto titolare del bene protetto.

Così, con una sentenza piuttosto recente, la Cassazione⁴⁴, pur avendo riconosciuto che "in tema di reati omissivi colposi, la posizione di garanzia può essere generata non solo da investitura formale, ma anche dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante"⁴⁵, ha poi ritenuto esente da censure la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità dell'imputato ex art. 40 cpv. c.p., per avere consentito alla persona offesa, con la quale egli era salito a bordo di un deltaplano di costruzione artigianale, di assumere il comando del velivolo, non potendosi ravvisare in capo allo stesso una posizione di garanzia rispetto all'altro occupante, nei confronti del quale

⁴² Il riferimento è a Cass. pen., sez. V, 3 maggio 2021, n. 27905, in *Giur. Pen.*, 20 luglio 2021, consultabile al sito www.giurisprudenzapenale.com.

⁴³ Sul quale v. *supra*, § 2.

⁴⁴ Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2016, n. 34975, in *Cass. pen.*, 2017, 1, p. 233 ss..

⁴⁵ Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2016, n. 34975, cit., p. 233.

egli, pur essendo più esperto, si trovava in una posizione sostanzialmente paritetica, non essendo istruttore di volo, ed essendosi per contro la vittima volontariamente esposta al pericolo.

In altra recente occasione⁴⁶, è giunto all'attenzione della Suprema Corte il caso del decesso di una persona costretta sulla sedia a rotelle, caduta in un vano ascensore a seguito dell'uso improprio della chiave di emergenza da parte del figlio. La ditta che si occupava della manutenzione dell'ascensore aveva fornito all'invalido tutte e tre le chiavi dell'elevatore, compresa quella di emergenza (di forma triangolare), che consentiva l'apertura della porta anche a prescindere dall'effettiva presenza dell'elevatore al piano, in quanto da tempo vi era un malfunzionamento riguardante lo sblocco automatico della stessa - che spesso non si apriva, necessitando dell'utilizzo della chiave di emergenza - al piano in cui abitava il disabile.

La chiave di emergenza era quindi nella materiale disponibilità del figlio che, un giorno, dopo aver aperto la porta con la chiave di emergenza - non essendosi avveduto del fatto che l'ascensore, in realtà, non era giunto al piano - entrava nel vano dell'ascensore di spalle, trascinando con sé la sedia a rotelle sulla quale vi era il padre. Il figlio riportava delle lesioni non gravi, mentre il padre purtroppo decedeva.

In tal caso la Cassazione, pur premettendo che l'essersi fatto carico di accudire il genitore infermo "ha comportato indubbiamente l'assunzione di fatto di una posizione di garanzia, per così dire, di assistenza 'generica' in capo al figlio", ha poi escluso la possibilità di riconoscere, a carico dello stesso, una responsabilità ex art. 40 cpv. c.p. in relazione all'evento in concreto verificatosi, in quanto egli non poteva essere considerato un "garante" rispetto all'impiego dell'elevatore, ma un soggetto che doveva a sua volta essere garantito da altri (e cioè dall'installatore e dal manutentore) circa i rischi connessi all'utilizzo dell'ascensore; in altre parole, l'imputato non avrebbe assunto la gestione dello specifico rischio che la posizione di garanzia era volta a scongiurare.

La Corte, tuttavia, aggiunge un'altra considerazione, ponendo in evidenza altresì il fatto che il figlio del disabile deceduto, rispetto a tale rischio, "non [era] originariamente qualificato né si comprende se successivamente istruito e, nell'affermativa, se istruito in maniera adeguata" e demandando pertanto al giudizio di rinvio il compito di approfondire "l'eventuale livello di informazione fornita - e da chi e a chi - a coloro che possedevano ed adoperavano le chiavi"⁴⁷.

Ciò equivale a dire che, *a contrario*, se il figlio della persona deceduta fosse stato, dall'installatore o dal manutentore, adeguatamente istruito in ordine al

⁴⁶ Cass. pen., sez. IV, 18 aprile 2019, n. 39261, rv. 277193.

⁴⁷ Cass. pen., sez. IV, 18 aprile 2019, n. 39261, cit., da cui sono tratte anche le citazioni immediatamente precedenti nel testo.

malfunzionamento dell'elevatore ed all'utilizzo della chiave di emergenza, ecco che sarebbe stato possibile riconoscere in capo allo stesso una posizione di garanzia "di fatto" che - lungi dal trovare fondamento in obblighi contrattuali o di tipo contrattuale - sarebbe derivata unicamente dall'effettiva "presa in carico" del compito di accudire il genitore e dall'esperienza del soggetto agente in relazione all'utilizzo dell'elevatore difettoso.

Se, da un lato, è vero che tale ragionamento è sicuramente coerente con i presupposti necessari per ritenere sussistente una posizione di garanzia, esplicitati in diverse occasioni dalla giurisprudenza di legittimità e tra i quali figura quello che "vi sia un bene giuridico che necessiti di protezione e che da solo il titolare non è in grado di proteggere"⁴⁸, dall'altro lato è pur vero che esso, dal momento in cui fa dipendere la sussistenza della posizione di garanzia (anche) dalla differenza di esperienza tra i soggetti coinvolti, aggiunge al già delicato problema di individuazione degli obblighi giuridici di impedire l'evento un ulteriore profilo valutativo, indubbiamente esposto ad ampi spazi di discrezionalità.

Quali sarebbero, infatti, i criteri per quantificare il "gap esperienziale" tra i due soggetti? Successivamente, quale sarebbe il valore minimo di tale differenza suscettibile di portare ad una responsabilità ex art. 40 cpv. c.p.?

Ovviamente, le risposte a tali quesiti verrebbero lasciate all'indiscriminata interpretazione giurisprudenziale, con ulteriore pregiudizio per i già delicati rapporti dell'istituto in commento con il principio di legalità ed i suoi corollari. Argomentazioni non dissimili da quelle esternate dalla Cassazione nel caso dello slittino malauguratamente finito sulla pista sbagliata sono state applicate in un recente caso di responsabilità medica⁴⁹. Nell'occasione la Suprema Corte, in una fattispecie relativa al decesso di un paziente a seguito di toracentesi, ha ritenuto esente da censure la sentenza di merito in cui si affermava la responsabilità del medico pneumologo che, pur estraneo all'*equipe* chirurgica, aveva partecipato all'intervento (invero limitandosi a sostenere il paziente per fargli assumere la posizione più idonea, con ciò però condividendo le modalità operative dei chirurghi che avevano deciso di effettuare l'intervento senza una guida ecografica).

⁴⁸ In tal senso Cass. pen., sez. IV, 10 gennaio 2010, n. 38991, in *Guida al Diritto*, 2011, 2, p. 100 ss., che elenca tutti i presupposti ritenuti imprescindibili per l'affermazione di una responsabilità ex art. 40 cpv. c.p., precisando che "perché nasca una posizione di garanzia, è necessario: che vi sia un bene giuridico che necessiti di protezione e che da solo il titolare non è in grado di proteggere; che una fonte giuridica (anche negoziale) abbia la finalità della sua tutela; che tale obbligo gravi su una o più specifiche persone; che queste ultime siano dotate di poteri impeditivi della lesione del bene che hanno preso in carico".

⁴⁹ Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2020, n. 28316, rv. 280080.

Ebbene, in tale pronuncia la Corte, pur avendo mostrato, dapprima, esplicita adesione alla teoria formale dell'individuazione delle posizioni di garanzia - richiamando il principio secondo cui "la fonte da cui scaturisce l'obbligo giuridico protettivo [...] può essere la legge, il contratto o la stessa precedente attività svolta" (si tratta, come ormai noto, del classico "trifoglio") -, ha poi contraddittoriamente riconosciuto che "la posizione di garanzia può essere generata non solo da una investitura formale, ma anche dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante mediante un comportamento concludente dell'agente, consistente nella presa in carico del bene protetto" e che "tali valutazioni discendono dal superamento di una concezione formale della posizione di garanzia, di talché il ruolo protettivo può essere generato anche da una situazione di fatto, cioè da un atto di volontaria determinazione, generatore di un conseguente dovere di intervento impeditivo dell'evento dannoso"⁵⁰.

Alla luce dell'analisi appena effettuata, non può non osservarsi come la giurisprudenza più recente tenda, in un modo o nell'altro, a fondere la concezione formale e quella sostanziale in una sorta di sintesi, sovente aderendo (in modo più o meno esplicito), sul piano meramente declamatorio, alla concezione formale, salvo poi riconoscere, nel caso concreto, l'esistenza di una posizione di garanzia derivante dalla mera "presa in carico" del bene protetto, dunque da una situazione di mero fatto.

Emblematica, in tal senso, è la già citata sentenza Vannini-"bis", di cui occorre dare conto, giungendo al termine di questa breve disamina.

4. Presupposti, argomentazioni e fallacie della sentenza Vannini-"bis".

Gli esiti giurisprudenziali in tema di fonti della responsabilità omissiva, che si sono pur velocemente ripercorsi, assumono ancor più pregnanza se analizzati alla luce dell'arcinota sentenza resa dalla Corte di cassazione all'esito della vicenda Vannini⁵¹. Poste nel tempo le basi, infatti, per uno sviluppo giurisprudenziale delle possibili e potenzialmente indefinite estensioni e qualificazioni delle posizioni giuridiche "di fatto"⁵², la sentenza resa dalla Corte in conclusione del caso *de quo* sembra aver travalicato molte delle prospettazioni in precedenza fatte proprie dalla giurisprudenza di legittimità, spingendosi ad "esplorare" una nuova via della conformazione del reato omissivo improprio e suscitando, pertanto, fin da subito critiche in dottrina⁵³.

⁵⁰ Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2020, n. 28316, cit., cui fanno riferimento anche le citazioni immediatamente precedenti.

⁵¹ Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit..

⁵² V. *supra*, § 3.

⁵³ Si v. R. COPPOLA, *La posizione di garanzia nel rapporto di ospitalità: il caso Vannini*, in *Arch. pen.*, 2021, 3, p. 1 ss.; M. SPINA, *La Cassazione-bis sul caso Vannini: l'ospitalità*

Si tratta di un'innovazione di non poco conto, se analizzata alla luce di un meccanismo in cui è necessario che tutto si tenga o perlomeno debba tenersi per costituire struttura, cioè un sistema razionale.

La sentenza Vannini si è inserita nel solco già tracciato dalla precedente giurisprudenza, ma ha poi superato tali approdi, aggiungendo importanti tasselli in ordine alle situazioni da cui poter derivare la titolarità di posizioni di garanzia "di fatto" e, quindi, in parte innovando in ordine ai presupposti per l'operatività della responsabilità ex art. 40 cpv. c.p..

Certo residuano, in via prioritaria, alcuni dubbi in ordine alla ricostruzione della vicenda di merito quale contrassegnata - effettivamente - da condotte meramente "omissive"⁵⁴; ma tant'è: una volta ritenuta sussistente un'omissione nel senso fatto proprio dal disposto dell'art. 40 cpv., il presupposto delle argomentazioni della Corte consiste proprio nella effettiva possibilità di configurare quali posizioni di garanzia quelle rivestite concretamente dagli imputati, di conseguenza punibili per non aver scongiurato il drammatico evento verificatosi.

In prima battuta, è bene notare come le argomentazioni del giudice di legittimità assumano particolare rilievo alla luce del fatto che il ragionamento seguito dalla Corte è approdato alla considerazione del rivestimento di una posizione di garanzia "di fatto" non soltanto in merito alla valutazione della

come fonte di obblighi protettivi in una lettura ultra-sostanzialistica del reato omissivo improprio, in *Sist. pen.*, 7 settembre 2021, consultabile al link www.sistemapenale.it. Più diffusamente, v. altresì le considerazioni di S. PRANDI, *Alla ricerca del fondamento: posizioni di garanzia fattuali tra vecchie e nuove perplessità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 5, p. 654 ss..

⁵⁴ La vicenda alla base della pronuncia è tristemente nota alle cronache, motivo per cui si eviterà di ripercorrerla esaustivamente. Ad ogni modo, si è ritenuto corretto segnalare che la ricostruzione del fatto quale posto in essere mediante condotte meramente "omissive" pare non totalmente condivisibile. Va ricordato, infatti, che la condotta contestata agli imputati è quella di avere, dopo un colpo di pistola esploso da uno di essi "per scherzo" nei confronti della persona offesa, sostanzialmente ritardato i soccorsi (per più di 110 minuti, secondo la ricostruzione effettuata dai giudici di merito e di cui il giudice di legittimità prende atto). Ciò avveniva successivamente ad una "presa in carico" ad opera degli stessi del bene giuridico della vita del giovane, dato che essi, dopo il ferimento avvenuto in seguito alla "precedente attività pericolosa" posta in essere da uno di loro, in un primo momento cercavano di soccorrere il ferito, per poi rallentare il sopraggiungere dei soccorsi (anche non dando più seguito ad un primo colloquio telefonico con il 118). Peraltro, nel dialogo con l'operatore telefonico del numero di emergenza, gli imputati addebitavano quanto occorso al Vannini al ferimento dovuto alla "punta di un pettine", con il chiaro intento di minimizzare l'accaduto. Per tale motivo, in sentenza, si rinviene, quale evocativa sintesi, l'espressione: "sequenza di azioni", utilizzata già dal giudice del merito e nella sentenza rescindente (cfr. Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., pp. 6-20-26).

effettiva realizzazione di un reato monosoggettivo, ma anche e soprattutto “in relazione al concorso omissivo nel reato commissivo ovvero nell’ipotesi in cui l’evento, che si ha l’obbligo di impedire, coincide con la commissione di un reato da parte di altri”⁵⁵.

Si è trattato dunque, nel caso *de quo*, di giungere a quello che può tranquillamente definirsi un “terzo livello di criminalizzazione”⁵⁶: vale a dire un’operazione complessa che ottiene la tipicità tramite la combinazione di due delle macro-clausole presenti nel nostro codice penale, l’art. 40 cpv. e l’art. 110, con la singola norma incriminatrice di volta in volta rilevante⁵⁷.

Posta in questi termini la delicata operazione intellettuale richiesta all’interprete, la materiale ricostruzione della posizione di garanzia “di fatto” eventualmente rivestita dagli imputati è all’evidenza in grado di condizionarne a monte l’esito.

Nell’occasione, il giudice ha infatti rinvenuto nel particolare concetto di “ospitalità” la fonte della posizione di garanzia di cui trattasi, ritenendo che fossero presenti tutti gli elementi a tal fine richiesti dalla teoria contenutistico-funzionale, che essa si propone di seguire, per la sussistenza del ruolo di garante: una particolare vulnerabilità del bene giuridico “vita” unita all’incapacità del giovane titolare dello stesso di tutelarlo in maniera efficace⁵⁸, in conseguenza - si noti - di una precedente “attività pericolosa”

⁵⁵ Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 19, dove il giudice di legittimità premette, infatti, che per la ricostruzione in termini di diritto della vicenda “il tema della sussistenza della posizione di garanzia è focale”. Si noti che soltanto una parte della dottrina propone una tripartizione delle posizioni di garanzia, accostando alle due tipologie degli obblighi di protezione e di sorveglianza, quella del dovere di impedire la commissione di reati da parte di terzi. Sul punto, si v. più esaurientemente *supra*, § 2 e in particolare nota 24.

⁵⁶ D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., p. 14.

⁵⁷ In giurisprudenza, sull’argomento delle “macro-clausole”, si v. Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2019, n. 8544, Genco, rv. 278054, nonché C. cost., 20 dicembre 2019, n. 278, in *Foro it.*, 2020, 2, Parte I, col. 412, le quali, in sintesi, non considerano in contrasto con il principio di determinatezza della fattispecie l’impiego di concetti elastici o clausole generali, a patto che la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato, permettendo, al contempo, al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo. Sul punto, cfr. anche *supra*, § 1, nota 3.

⁵⁸ Si noti che il giudice di legittimità, pur incidentalmente, considera “rilevante” il fatto che la giovane persona offesa, “ancora cosciente nelle fasi successive al ferimento, si sia affidat[a] consapevolmente alle cure degli imputati, così come chiaramente emerso dalla ricostruzione dei fatti e, in particolare, da quanto accertato in relazione alle sue invocazioni di aiuto, come registrate anche durante le telefonate

posta in essere da uno degli imputati⁵⁹; l'affidamento dovuto sia ad una relazione affettiva con una delle persone imputate che ad una particolare confidenza con tutti i membri della famiglia Ciontoli presso il cui domicilio la persona offesa si trovava; l'effettiva sussistenza, in capo agli imputati, di poteri impeditivi rispetto all'evento poi verificatosi, che si sarebbe quindi potuto scongiurare tenendo la doverosa condotta attiva⁶⁰.

Seguendo tale percorso logico, il giudice di legittimità dichiara consapevolmente di aderire alla prospettazione effettuata dalla prima Corte d'assise d'appello che, modificando il proprio inquadramento giuridico della vicenda rispetto a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, aveva considerato sussistente una responsabilità degli imputati *ex art. 40 cpv.*, fondando però la posizione di garanzia rivestita degli stessi non sull'ospitalità di cui sopra, ma diversamente sul "principio generalissimo del *neminem laedere*"⁶¹.

Il giudice di legittimità dichiara di accogliere la teoria contenutistico-funzionale e sposa quindi le conclusioni fatte proprie dalla prima Corte d'assise d'appello, modificando nondimeno l'*iter* argomentativo seguito: la fonte della posizione rivestita dagli imputati assumerebbe allora la propria

al 118 e riferite dai vicini di casa": Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 30. Il dato di tale ritenuta "*consapevolezza*" in capo al soggetto, comunque, è menzionato soltanto in questo passo dell'argomentazione della Corte di cassazione.

⁵⁹ Non sfugge il fatto che la Corte menziona la *precedente attività pericolosa* congiuntamente alla particolare vulnerabilità della persona offesa. Tale prospettazione non convince pienamente, posto che l'attività in oggetto consisterebbe, a ben vedere, in un dato fattuale ontologicamente diverso, temporalmente prioritario e ulteriore rispetto all'incapacità del titolare del bene giuridico di proteggerlo efficacemente. Difatti, la precedente attività pericolosa posta in essere da uno degli imputati può essere considerata quale il vero elemento caratterizzante il caso sottoposto all'esame della Corte. Dalla precedente attività pericolosa deriva, poi, naturalmente la particolare vulnerabilità della persona offesa. Sposando tale lettura della vicenda, i presupposti fondanti la posizione di garanzia fattuale sarebbero dunque *quattro*, non tre come prospettato dal giudice: la precedente attività pericolosa, appunto; *di conseguenza* la particolare vulnerabilità dovuta all'incapacità di tutelare il bene giuridico, in capo al titolare dello stesso; l'affidamento; la consistenza di effettivi poteri impeditivi dell'evento.

⁶⁰ Per tali riflessioni, v. Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 27.

⁶¹ C. ass. app. di Roma, sez. II, 29 ottobre 2020, n. 22, in *Giur. Pen.*, 29 novembre 2020, p. 31, consultabile all'indirizzo www.giurisprudenzapenale.com. La Corte di cassazione dà atto di tali approdi, considerando sul punto che "l'individuazione di una posizione di garanzia non [sia] affatto eccentrica rispetto al capo di imputazione", posto, però, che è il dato che la vittima fosse *ospite* nell'abitazione familiare degli imputati a costituire l'elemento fattuale "centrale per individuare l'assunzione in capo a tutti gli imputati di uno specifico dovere di 'protezione'" (Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 20).

reale consistenza (la propria "giuridicità") in conseguenza di un particolare dato - cioè l'ospitalità, intesa anche nel suo senso relazionale-affettivo, considerata quale concetto di sintesi di un più complesso rapporto concreto di "confidenza" -, in connubio con la volontaria assunzione dell'obbligo consistente nella presa in carico del bene da proteggere⁶², messo in concreto a repentaglio dalla "precedente attività pericolosa"⁶³ posta in essere da uno degli imputati.

Sarebbero tali elementi fattuali allora, e non un generico dovere riconducibile al principio del *neminem laedere*⁶⁴, a connotare l'obbligo di impedire l'evento in capo agli imputati; in ultima analisi a contrassegnarne la *giuridicità*.

⁶² Quale elemento per così dire "rafforzativo" della propria impostazione, anche in questo caso la pronuncia dà atto del fatto che "oltre che in un'assunzione volontaria dell'obbligo, la fonte della posizione di garanzia può essere individuata, secondo un orientamento già tracciato dalla giurisprudenza di legittimità (anche civile), nella c.d. teoria del contatto sociale" (Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 26). Sul punto, si v. quanto esposto già *supra*, § 2. Per delle riflessioni conclusive, si rinvia, invece *infra*, § 6.

⁶³ Tale criterio, lo si ripete, appare decisivo alla luce della ricostruzione effettuata dalla prima Corte d'assise d'appello e poi ripercorso nel proprio *iter* argomentativo dalla sentenza in commento. Il giudice dà atto che la teoria formale, che egli considera non meritevole di accoglimento, ritiene che la situazione fattuale tipica da cui possa conseguire l'obbligo di impedire l'evento possa individuarsi nella legge, nel contratto e nella precedente attività pericolosa (di cui trattasi). Tuttavia, precisa anche che tale ultimo profilo "è stato oggetto di critica, giacché non esiste un'espressa norma giuridica che impone di impedire le offese che possano derivare dalla propria attività pericolosa"; posto che si può paventare, rispetto all'uso di tale presupposto, un contrasto con il principio di legalità, considerando che "a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, l'art. 40 comma secondo cod. pen. non fa alcun riferimento, né esplicito, né implicito a tale criterio" (Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 25).

⁶⁴ In considerazione della cui pregressa applicazione, la difesa dell'imputato "principale" aveva innanzitutto denunciato violazione di legge e vizi motivazionali per avere il giudice del rinvio, adeguandosi al principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione in occasione del giudizio rescindente, omesso di formularne un'interpretazione costituzionalmente orientata o di valutarne la compatibilità con i principi costituzionali. La difesa si doglieva del fatto che ci si trovasse dinanzi all'affermato principio per il quale sarebbe sufficiente il generalissimo comando del *neminem laedere* per ritenere intestato in capo agli imputati un formale obbligo di garanzia (nella forma di un "obbligo di protezione") rispetto all'integrità fisica ed alla stessa vita della vittima, senza tuttavia invocare alcuna disposizione di legge dalla quale far discendere tale obbligo e la conseguente, indispensabile consapevolezza della sua cogenza da parte degli imputati; principio di diritto, pertanto, adottato in aperto contrasto con i principi costituzionali di stretta legalità, tassatività e determinatezza del precetto penale. In via subordinata la difesa aveva infine chiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 40, comma 2, c.p. in

La precedente attività pericolosa, la particolare vulnerabilità del bene giuridico della vita, l'incapacità del titolare di provvedere alla sua tutela, la sua volontaria "presa in carico" da parte del "nucleo familiare", il rapporto confidenziale e di ospitalità con gli imputati, in connubio con la "sequenza di azioni" causale⁶⁵ rispetto all'evento sono di conseguenza stati tutti considerati quali dati fondanti una posizione rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. in capo agli imputati, componenti del medesimo nucleo familiare.

Si noti, peraltro, che in punto di elemento soggettivo - tema la cui delicata valutazione nel merito era stata devoluta al giudice del rinvio dalla "prima" Cassazione⁶⁶ -, tutti gli elementi appena considerati hanno condotto i giudici a ritenere sussistente il dolo eventuale.

Nella pronuncia, infatti, viene ribadita tale conclusione malgrado la generale difficoltà in relazione all'accertamento di una tale componente psicologica in capo al "non-agente" nel caso di reato *per omissionem*⁶⁷ e le singolarità del caso concreto, che difficilmente deponevano, peraltro, per l'accettazione dell'evento che si sarebbe dovuto scongiurare, in capo ai membri della famiglia Ciontoli⁶⁸.

relazione agli artt. 575 e 589 c.p., per come interpretato ed applicato nel giudizio rescindente e in quello rescissorio, perché in contrasto con gli artt. 13, 25 e 27 Cost. e dunque con i principi della riserva di legge, di stretta legalità, di tassatività, di solidarietà, di uguaglianza, di libertà e di responsabilità penale personale, posto che la sentenza rescindente "fonda[va] la sussistenza dell'obbligo giuridico di garanzia sulla condotta materiale degli imputati che presero in carico la gestione della situazione di pericolo, in ragione di un 'dovere di protezione' quale concretizzazione del più ampio dovere del *neminem laedere*" (cfr., in merito, Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 9).

⁶⁵ Cfr. soprattutto Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 49.

⁶⁶ Si v. Cass. pen., sez. I, 6 marzo 2020, n. 9049, in *Sist. pen.*, 13 aprile 2020, consultabile all'indirizzo www.sistemapenale.it, con commento di 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*.

⁶⁷ Sul tema, v., su tutti, le osservazioni di C. IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all'evento offensivo*, in *DisCrimen*, 21 giugno 2021, p. 29, consultabile al link: www.discrimen.it, dove l'Autrice in chiave critica evidenzia, anche richiamando la prima pronuncia della Cassazione resa nella vicenda *de qua*, come nonostante tali difficoltà "non [sia] inconsueto, d'altra parte, che la responsabilità omissiva impropria venga addebitata a titolo di dolo eventuale", nonostante "sussist[a]no valide ragioni per confutare la correttezza di simile operazione ermeneutica, comportando essa, fra l'altro, l'applicazione contestuale, secondo criteri ampiamente discrezionali, di due categorie ben lontane dall'istanza di determinatezza espressa dall'art. 25 della Costituzione".

⁶⁸ Sull'utilizzo della prima formula di *Frank* e sulle sue peculiarità (e contraddizioni) nel caso di "fallimento del piano", infatti, si v. G. COCCO, *La volontà dell'evento nel dolo eventuale come concetto non psicologico ma normativo-ascrittivo*, in *Resp. civ. e prev.*,

La portata del ragionamento della Corte in ordine alla posizione di garanzia si coglie avendo riguardo a quanto dalla stessa diversamente ritenuto rispetto ad un'altra persona imputata (l'unica esterna al nucleo familiare, dunque anch'essa "ospite") nei confronti della quale il giudice ha ritenuto potesse essere, diversamente, in astratto addebitabile soltanto la condotta di cui all'art. 593 c.p.⁶⁹, reato per il quale si era poi precedentemente giunti ad una assoluzione "perché il fatto non costituisce reato".

Soltanto la "combinazione" dei vari indici fattuali menzionati, in ultima analisi, ha potuto condurre il giudice di legittimità a ritenere che "tutti gli imputati intervennero, con le loro condotte sostanzialmente omissive", causando un aggravio delle condizioni della persona offesa "e, così, violando un obbligo di intervento qualitativamente diverso dal mero obbligo di soccorso ed espressivo di una posizione di garanzia"⁷⁰.

Il concetto di "ospitalità" permette allora al giudice di giungere alla configurazione di una posizione di garanzia mediante una valutazione *ex post*⁷¹, posto che la Cassazione è ben conscia del fatto che la salvaguardia del bene giuridico, del quale il titolare è incapace di garantire un'adeguata tutela, deve essere affidata al garante *già anteriormente* rispetto al verificarsi della situazione di pericolo⁷² (cioè l'utilizzo improprio dell'arma da fuoco, nel nostro caso).

Ciò spiegherebbe perché il giudice di legittimità stia ben attento a menzionare la "precedente attività pericolosa" posta in essere da uno degli imputati solo *congiuntamente* alla particolare vulnerabilità del bene da proteggere e alla incapacità del suo titolare di salvaguardarlo. Eppure, a ben vedere, si tratta di dati fattuali che non coesistono fin dal principio, nella vicenda concreta. La precedente attività pericolosa è, anzi, all'evidenza la causa della particolare vulnerabilità del bene giuridico del soggetto

2021, 5, p. 1502 ss.. Sul tema della configurabilità del dolo eventuale nel caso di responsabilità *ex art. 40 cpv. c.p.* per omesso impedimento del reato commesso da un terzo, v. invece M. SABATINI, *Responsabilità per omesso impedimento dell'altrui fatto criminoso: la Corte di cassazione nuovamente alle prese con i "segnali d'allarme"*, in *Cass. pen.*, 2011, 12, p. 4298 ss..

⁶⁹ Si v. Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 28, dove si precisa che "è proprio il qualificato rapporto tra i C. (che - si ripete - avevano la disponibilità dell'abitazione dove è occorso il ferimento, così come espressamente contestato anche nel capo a delle imputazioni) e il V. ad aver determinato la configurabilità in capo a tutti i ricorrenti della posizione di garanzia riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 40 cpv. c.p.; mentre a G.V., *anche lei ospite, in quanto fidanzata di C.F.* [corsivo nostro], era stata ascritta correttamente l'imputazione di cui all'art. 593 c.p."

⁷⁰ Ancora Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 20.

⁷¹ Per delle riflessioni sul punto, si v. più compiutamente *infra*, § 6, nota 83.

⁷² Sul punto, cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 150 e F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 342.

“ospitato”: un dato fattuale a sé stante, tenuto comunque ben presente dal giudice nella propria ricostruzione.

Da questa consapevolezza sorge l’inevitabile esigenza del richiamo - in via prioritaria - all’inviolabilità del domicilio e al particolare rapporto di confidenza, elementi già di per sé considerati espressivi dell’affidamento della persona offesa agli imputati, “garanti” quindi in quanto componenti del “nucleo familiare ospitante”⁷³.

5. Clausole generali e principio di legalità in materia penale: riflessioni necessarie tra le “altalene” giurisprudenziali.

Quanto esposto ci porta a compiere delle considerazioni che prendano le mosse da una nota pronuncia⁷⁴, di poco precedente rispetto alla sentenza Vannini, in cui la Corte di cassazione si è espressa sul caso di due ragazzi che, dopo essersi procurati dello stupefacente (MDMA, c.d. *ecstasy*), lo avevano somministrato ciascuno alle proprie fidanzate, di cui una era deceduta in conseguenza dell’assunzione di una dose eccessiva.

Nella vicenda la Corte, pronunciandosi sulla responsabilità di uno degli imputati, in relazione alla morte della fidanzata dell’amico (il quale ultimo, invece, è stato giudicato separatamente), ha escluso la titolarità di una posizione di garanzia a suo carico nei confronti dell’incolumità della fidanzata dell’altro, in quanto dall’istruttoria sarebbe emerso che, pur essendosi i quattro giovani messi tutti d’accordo sull’acquisto dello stupefacente, ciascuno dei due ragazzi si sarebbe poi occupato della cessione dell’*ecstasy* alla propria fidanzata.

Inoltre, la Corte aveva precisato come non potesse riconoscersi in capo all’imputato la titolarità di una posizione di garanzia nemmeno in relazione ad un comune agire illecito tra i due ragazzi. Ciò perché, anche prescindendo dalle esistenti problematiche in ordine all’individuazione delle posizioni di garanzia - in relazione alle quali la Corte, in questa occasione, afferma di preferire la concezione c.d. mista, basata su un’integrazione tra criteri formali e criteri sostanziali (i quali fungerebbero “da correttivi ai quali ricorrere per evitare che la giuridicità formale degeneri in mero formalismo”) -, sarebbe, in

⁷³ Sul punto, la Cassazione sostiene infatti che la condizione di “ospitalità” sia “fonte di affidamenti protettivi individualizzati, perché lo spettro dei destinatari dell’obbligo di soccorso *resta oggettivamente delimitato proprio dalla condizione di presenza nella stessa abitazione [corsivo nostro]*”, con ciò respingendo quella dottrina che diversamente considera gli obblighi dei soggetti ospitanti non vincolanti, in quanto fondati sulla mera cortesia (Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, cit., p. 29).

⁷⁴ Cass. pen., sez. IV, 26 settembre 2019, n. 42867, in *Dir. Giust.*, 21 ottobre 2019, con contestuale nota di C. MINELLA, *Serata da sballo finisce in overdose da ecstasy: niente condanna per il fidanzato che cede la droga alla ragazza*, consultabile al link www.dirittoegiustizia.it.

ogni caso, imprescindibile “la predeterminazione dell'obbligo, che determina l'affidamento di un certo bene al soggetto garante in un momento antecedente rispetto all'insorgere della situazione di pericolo che attualizza l'obbligo stesso”. Pertanto, la Suprema Corte conclude nel senso che “non può esistere una 'posizione di garanzia', da intendersi come quello speciale vincolo di tutela che esiste tra un soggetto garante ed un bene giuridico (nel caso che ci occupa la tutela della salute) alla luce dell'incapacità del suo titolare di proteggerlo adeguatamente, in relazione ad un comune agire illecito”⁷⁵. In applicazione di tale principio, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, assolvendo l'imputato dal reato di omicidio colposo a lui ascritto per non avere commesso il fatto.

La sentenza di cui si è appena dato conto si pone in aperto ed insanabile contrasto con le argomentazioni in base alle quali la Cassazione Vannini-“bis” ha fondato la posizione di garanzia rivestita dagli imputati.

Si noti che, piuttosto curiosamente, nel dare conto di quali possano essere le attività di rischio illecito (che, secondo la Corte, non possono determinare la titolarità di una posizione di garanzia, rilevante ex art. 40 cpv.), il giudice di legittimità del 2019 addirittura cita, a titolo esemplificativo, l'uso imprudente di un'arma da fuoco (!)⁷⁶.

Pertanto, è lecito credere che se fosse stata la quarta sezione della Cassazione del 2019 a pronunciarsi sul caso Vannini, difficilmente lo avrebbe risolto nel senso di riconoscere in capo ai famigliari della fidanzata la titolarità di una posizione di garanzia, invero giustificata con riferimento alla “ospitalità” mostrata dagli imputati nei confronti del ragazzo deceduto, ma in realtà, a ben vedere, fondata sul diverso presupposto dell’“agire illecito”, consistito nell'utilizzo improprio di una pistola da parte del “capofamiglia”: la ben nota *precedente attività pericolosa*.

Sembra quasi superfluo sottolineare le tensioni con i principi di legalità e di determinatezza della fattispecie, nonché di conoscibilità del divieto penale: la macro-clausola di cui all'art. 40, comma 2, c.p., proprio per la sua laconicità, si presta ad un utilizzo giurisprudenziale “ondivago” che, molto spesso, fonda le proprie conclusioni su un'analisi delle vicende concrete che poco può prestarsi ad una *reductio ad unum*.

Né può dirsi facile, per l'interprete, la concreta applicazione di una macro-clausola così congegnata. A ciò si aggiunga che i più recenti studi psicologici

⁷⁵ Cass. pen., sez. IV, 26 settembre 2019, n. 42867, cit., da cui sono tratte anche le citazioni immediatamente precedenti.

⁷⁶ Il giudice di legittimità conclude, sulla questione: il “rapporto di protezione, può anche instaurarsi di fatto, nel senso che in concreto il garante venga a trovarsi nella medesima posizione di chi è chiamato dalla norma alla tutela altrui, ma non può trovare la sua fonte in un'attività illecita” (Cass. pen., sez. IV, 26 settembre 2019, n. 42867, cit.).

hanno fatto luce su alcuni *bias* cognitivi che contrassegnerebbero il contegno omissivo, indici di una minor colpevolezza che il disposto di cui all'art. 40 cpv., nella sua apoditticità, non considera. Trattasi, in particolare, del c.d. *omission bias*, in virtù del quale vi sarebbe, a livello psicologico, la tendenza a percepire una maggiore frustrazione nel caso in cui si provochi un evento mediante una condotta attiva, piuttosto che mediante un contegno omissivo, e del c.d. *status quo bias*, il quale indurrebbe chi deve decidere se agire o non agire "a preferire l'inazione, che preserva lo status quo, anche quando è probabile che incidere sullo status quo mediante una condotta attiva porti a risultati migliori"⁷⁷.

6. "In direzione ostinata e contraria"⁷⁸: verso un diritto penale *meno duttile*.

Chiaramente, l'individuazione degli obblighi giuridici di impedire l'evento è una delle componenti del reato omissivo improprio che, per sua stessa natura, richiede all'interprete un'operazione intellettuale complessa. Da qui la

⁷⁷ S.K. ABEREGG, E.F. HAPONIK, P.B. TERRY, *Omission bias and decision making in pulmonary and critical care medicine*, in *Chest*, 2005, p. 1497. Traduzione a cura degli scriventi. La letteratura scientifica sul tema è comunque vastissima. Senza pretesa di esaustività, si segnalano: H. HAYASHI, *Omission bias and perceived intention in children and adults*, in *The British journal of developmental psychology*, 2015, p. 237 e H. HAYASHI, N. MIZUTA *Omission bias in children's and adults' moral judgments of lies*, in *Journal of experimental child psychology*, 2022, articolo 105320, i quali osservano che il concetto di *omission bias* "si riferisce alla tendenza a giudicare le condotte commissive come moralmente peggiori rispetto ad equivalenti condotte omissive" (traduzione a cura degli scriventi). Si veda anche S.K. YEUNG, T. YAY, G. FELDMAN, *Action and Inaction in Moral Judgments and Decisions: Meta-Analysis of Omission Bias Omission-Commission Asymmetries*, in *Personality & social psychology bulletin*, 2022, p. 1499, i quali osservano che per *omission bias* si intende "la tendenza delle persone a valutare il danno fatto attraverso l'omissione come meno moralmente sbagliato e meno biasimevole rispetto al rispettivo danno causato con una condotta omissiva" (traduzione a cura degli scriventi). Per un'interessante applicazione all'ambito giudiziario si v. R.A. PRENTICE, J.J. KOEHLER, *A normality bias in legal decision making*, in *Cornell law review*, 2003, pp. 583-650. Si confrontino, infine: J.H. KORDES-DE VAAL, *Intention and the omission bias: omissions perceived as nondecisions*, in *Acta psychologica*, 1996, pp. 161-172 e C.J. ANDERSON, *The psychology of doing nothing: forms of decision avoidance result from reason and emotion*, in *Psychological bulletin*, 2003, pp. 139-167. Per quanto qui di interesse, si cfr. quanto osservato da C. IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 25 ss..

⁷⁸ La citazione ovviamente si deve al capolavoro di F. DE ANDRÉ, *Smisurata preghiera*, in *Anime salve*, Milano, 1996.

concreta possibilità che il disposto di cui all'art. 40 cpv. c.p. si presti ad utilizzi differenti in situazioni tuttavia simili⁷⁹.

Le teorie prospettate dalla dottrina, che la giurisprudenza variamente dichiara di seguire⁸⁰, si sono dimostrate insufficienti di fronte alle enormi difficoltà poste dalla formula di equivalenza causale di cui all'art. 40 cpv. c.p. ai fini del suo concreto operare.

Nell'ottica di addivenire ad una maggiore aderenza dell'istituto in commento con i principi cardine del nostro sistema penale, non può non muoversi, anzitutto, una forte critica nei confronti di quell'orientamento giurisprudenziale, di cui si è dato conto nel presente scritto, che, sia pure con accenti diversi, giunge a configurare "un modello di imputazione [ex art. 40, comma 2, c.p.] che svilisce il ruolo della causalità e il significato del termine impedimento, con un effetto moltiplicatore incontrollato degli obblighi di garanzia"⁸¹.

E tale distorto modello di imputazione non può che ascriversi, in misura quasi esclusiva, al fatto che l'art. 40 cpv. del nostro codice penale "non detta alcun criterio esplicito per selezionare i beni meritevoli di tutela mediante *Garantenstellung*"⁸²: ne deriva, infatti, che l'affermazione della sussistenza (o non sussistenza), nella singola fattispecie concreta, di una posizione di garanzia, dipende in definitiva da null'altro che dalla concreta possibilità (od impossibilità) del soggetto preteso garante di scongiurare l'evento verificatosi. Ciò secondo una valutazione puramente *ex post*⁸³, che sovente prescinde dall'indagine in ordine alla sussistenza di tutti gli altri presupposti necessari per l'applicazione dell'art. 40 cpv. c.p., tra i quali quello certamente più negletto è l'effettiva sussistenza di un obbligo *giuridico* di impedire l'evento.

⁷⁹ Emblematica, in tal senso, pare la distonia tra le sentenze analizzate *supra*, nei §§ 4 e 5.

⁸⁰ Sulla questione si rinvia a quanto ampiamente esposto, nella disamina di alcune pronunce rilevanti sul tema delle fonti delle posizioni di garanzia "di fatto", *supra*, § 3 e ss..

⁸¹ A. SERENI, in *Trattato di diritto penale*, cit., pp. 74-75.

⁸² A. SERENI, in *Trattato di diritto penale*, cit., p. 75.

⁸³ Rimarca la necessità di una valutazione *ex ante* in ordine ai presupposti necessari per la configurabilità di una responsabilità per omesso impedimento dell'evento V. MUSACCHIO, *Posizione di garanzia del datore di lavoro, omicidio colposo ed infortuni sul lavoro*, in *Lav. e prev. oggi*, 2008, p. 471, secondo il quale "può parlarsi di costituzione di posizione di garanzia nella misura in cui il soggetto riconosciuto titolare appaia in astratto e preventivamente in possesso di poteri tali da esser posto in una condizione di signoria rispetto allo sviluppo dell'*iter* che conduce alla produzione di un evento pericoloso". Sul punto, cfr. invece il ragionamento ricostruttivo rigorosamente effettuato *ex post* seguito dal giudice di legittimità nel caso Vannini, come esposto *supra*, § 4.

Per altro verso, non sfugge come il tema della responsabilità omissiva impropria sia dalla giurisprudenza spesso trattato in stretta congiunzione con il riferimento ad istituti civilistici e, quindi, a prospettazioni adoperate dalla dottrina e dalla stessa Cassazione nell'alveo civilistico⁸⁴.

Ciò permette di muovere delle prime critiche alla ricostruzione di alcune fonti delle posizioni di garanzia "di fatto", alla luce soprattutto del principio di legalità in materia penale.

Pertanto, non può che auspicarsi un'interpretazione restrittiva, da parte della giurisprudenza, in ordine all'individuazione delle posizioni di garanzia (ferma restando, ovviamente, la necessità di vagliare, in concreto, la sussistenza di *tutti* i presupposti richiesti dall'art. 40 cpv. c.p. per la sua applicabilità), in modo da operare una rigida selezione da un lato delle fonti da cui far derivare gli obblighi di impedimento, dall'altro dei beni meritevoli di essere tutelati per tale via.

Sul punto, meriterebbe forse di trovare applicazione, anche nelle aule giudiziarie, l'orientamento dottrinale⁸⁵ che, in punto di classificazione delle posizioni di garanzia, ritiene doveroso distinguere tra obblighi di *garanzia* veri e propri, da un lato, e meri obblighi di *sorveglianza* o di *attivarsi*, dall'altro. Con la conseguenza che solo la violazione dei primi sarebbe idonea a fondare una responsabilità ex art. 40 cpv. c.p., mentre le altre due tipologie di obblighi sarebbero punibili *solo* nei casi espressamente previsti da specifiche norme di parte speciale. Emblematico, in tal senso, è l'art. 593 c.p. che, nel prevedere l'omissione di soccorso, punisce chiaramente la violazione di un mero obbligo di attivazione, in quanto "l'obbligo non *preesiste* ma *insorge* al verificarsi del [...] presupposto di fatto"⁸⁶, consistente nell'aver *trovato* "un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo".

Chiaramente, a nulla porterebbe una critica pura e semplice del filone giurisprudenziale maggiormente incline a ravvisare posizioni di garanzia derivanti da situazioni da mero fatto, in assenza di considerazioni svolte anche sul piano legislativo. È indubbio, infatti, che la giurisprudenza ha avuto modo di estendere quasi senza confini le posizioni di garanzia "di fatto"

⁸⁴ Si pensi al riferimento alla teoria del contatto sociale qualificato nella ormai nota sentenza sul caso dello slittino che ha imboccato il percorso errato (su cui v. ampiamente *supra*, § 3) e - quantomeno in via incidentale - nella sentenza Vannini (di cui si è dato invece atto *supra*, § 4). Anche certa dottrina, da più parti criticata, ha tentato di giustificare l'affermazione di posizioni di garanzia "di fatto" attraverso il ricorso ad un istituto civilistico, proponendo l'inquadramento di tali ipotesi nell'ambito della *negotiorum gestio* di cui agli artt. 2028 ss. c.c.. In tal senso v., per esempio, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 274 ss..

⁸⁵ Sul quale v. *supra*, § 2.

⁸⁶ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 343-344. Rispetto a quanto fino ad ora analizzato, ci si limita a rinviare *supra*, § 4, nota 28.

anche e soprattutto a causa dell'esistenza, nel nostro codice penale, di una norma così poco pregnante a disciplina dell'istituto del reato omissivo improprio come l'art. 40 cpv. c.p..

Occorre, quindi, svolgere alcune riflessioni in prospettiva *de iure condendo*, ben consci, tuttavia, che le numerose proposte di riforma succedutesi nel tempo purtroppo non hanno, per vari motivi, avuto fortuna. Non sembra, in effetti, una via degna di essere percorsa quella di arrendersi alla "alternativa inquietante"⁸⁷ tra un contrasto dell'art. 40, comma 2, c.p. con il principio di legalità ed un contrasto della norma stessa con il principio di determinatezza, in entrambi i casi vanificando completamente - in quanto contrarie ai principi cardine del nostro sistema penale - le esigenze di criminalizzazione di cui la responsabilità per reato omissivo improprio si fa portatrice.

La prospettiva che consentirebbe la maggiore adesione dell'istituto al principio di legalità sarebbe sicuramente quella di positivizzare gli obblighi (giuridici, appunto) di impedimento dell'evento che possano innescare una responsabilità ex art. 40 cpv. c.p., o quantomeno di indicare con precisione le fonti idonee a configurarli⁸⁸.

Tale opzione, del resto, non rappresenta di certo una novità, essendosi mossi in tal senso sia il progetto Pagliaro, che prevedeva di distinguere gli obblighi di garanzia veri e propri da quelli di mera sorveglianza⁸⁹, sia il progetto Grosso, che, sulla premessa della necessaria previsione per legge delle posizioni di garanzia penalmente rilevanti, procedeva poi ad una dettagliata tipizzazione delle stesse⁹⁰. Si pensi anche al progetto Nordio, che rappresentava una sorta di sintesi dei due progetti precedenti, suggerendo

⁸⁷ M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico*, cit., p. 392. Sul tema, v. *supra*, § 2.

⁸⁸ Sul punto v. S. PRANDI, *Alla ricerca del fondamento*, cit., p. 665.

⁸⁹ All'art. 11 (rubricato *Reati omissivi*) del progetto, risalente al 1991, si suggeriva infatti quanto segue: "1. Equiparare il non impedire l'evento al cagionarlo solo sotto il presupposto di un obbligo giuridico attuale di garanzia dell'interesse tutelato dalla legge. Prevedere che la violazione degli obblighi giuridici di sorveglianza sia punibile solo in quanto espressamente prevista come reato. 2. Titolare dell'obbligo di garanzia è la persona che, munita dei relativi poteri, è giuridicamente tenuta ad impedire l'evento offensivo di interessi affidati alla sua tutela. 3. Titolare dell'obbligo di sorveglianza è la persona che, priva dei suddetti poteri impeditivi, è giuridicamente tenuta a sorvegliare per conoscere della commissione di reati e comunque ad informarne il titolare del bene o il garante".

⁹⁰ All'art. 16 (rubricato *Posizioni di garanzia*) del progetto, risalente al 2001, 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". A questo scopo, il progetto specificava i contenuti degli obblighi di garanzia, nei vari settori ritenuti rilevanti, nei successivi artt. 17-23.

da un lato l'opportunità di distinguere tra obblighi di garanzia veri e propri ed obblighi di mera sorveglianza, dall'altro la necessità della previsione per legge degli obblighi giuridici di impedimento⁹¹. Nella stessa direzione si è mosso, infine, il progetto Pisapia, il quale anche prevedeva l'istituzione per legge delle posizioni di garanzia⁹².

L'auspicio è senz'altro che, prima o poi, uno di questi progetti possa vedere la luce, modificando un istituto dalle infinite problematicità.

Naturalmente, allo stato attuale, al giudice di merito rimane la possibilità di "dosare" la pena sulla base degli indici di cui all'art. 133 c.p.; ciononostante da più parti si invoca l'inserimento di una norma che permetta di considerare e valutare già *a priori* le particolarità del reato omissivo improprio. Infatti, sulla scorta dei già menzionati *bias* cognitivi e del fatto che, spesso, il contegno omissivo esprima un minor disvalore sociale rispetto al suo equivalente commissivo⁹³, parte della dottrina ha sostenuto la necessità di introdurre nel nostro codice penale un'attenuante, ad applicazione facoltativa, capace (si ritiene) di ricondurre ad equilibrio il sistema⁹⁴. A tal fine, può essere fatto riferimento all'ordinamento tedesco, il quale al secondo comma del § 13 StGB⁹⁵ prevede espressamente la possibilità, per il giudice,

⁹¹ L'art. 9 del progetto, risalente al 2005, suggeriva infatti di: "[...] 4. Equiparare l'omesso impedimento dell'evento al fatto di averlo cagionato mediante azione sola sul presupposto di un obbligo giuridico espressamente stabilito da una disposizione di legge e, nei limiti da essa determinati, specificato da regolamenti, provvedimenti giurisdizionali, ordini, contratti o altre discipline. Escludere la equiparazione se il soggetto è privo dei poteri giuridici di impedimento. Escludere la responsabilità quando l'evento si sarebbe verificato anche nel caso di osservanza dell'obbligo giuridico di impedimento. 5. Distinguere l'obbligo giuridico di impedimento dall'obbligo di sorveglianza o intervento, strumentale all'impedimento di reati, prevedendo la punibilità per l'omissione di quest'ultimo obbligo nei soli casi espressamente stabiliti dalla legge". Per un commento, si v. A. PAGLIARO, *Il reato nel Progetto della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, 1, p. 4 ss..

⁹² L'art. 13, comma 2, del progetto, risalente al 2007, 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". Per un commento v. C.F. GROSSO, *Brevi considerazioni d'insieme e di dettaglio sul lavoro della Commissione Pisapia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 10, p. 1389 ss..

⁹³ Per tale rilievo, v. quanto esposto *supra*, § 5 e in particolare nota 77.

⁹⁴ In tal senso, si v. soprattutto le osservazioni di C. IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 32-33.

⁹⁵ La norma dello *Strafgesetzbuch* (codice penale), introdotta con la riforma del 1975, è rubricata *Begehen durch Unterlassen* (letteralmente "commissione per omissione")

di diminuire la pena prevista dalla legge penale per la corrispondente fattispecie commissiva.

Peraltro, non si può nascondere che l'introduzione di una simile attenuante rischierebbe, forse, di venire utilizzata quale giustificazione per un'applicazione (ancor più) estensiva in materia di individuazione degli obblighi giuridici di impedire l'evento, portando, per così dire, a *farsi meno scrupoli* nel riconoscerne la sussistenza in casi limite, atteso che, *tanto*, la pena potrebbe essere in ogni caso diminuita. Accorta dottrina, opportunamente, sottolinea allora che "una tale previsione non dovrebbe fare da alibi per un utilizzo meno rigoroso della responsabilità commissiva mediante omissione"⁹⁶.

Senza dubbio, l'obiettivo unitario di queste prospettazioni *de iure condendo* è quello di ottenere un diritto penale *meno duttile*, vale a dirsi una reale *extrema ratio* che non si presti, o si presti *di meno* ad un'applicazione poco prevedibile da parte della giurisprudenza, la quale allo stato si trova, di volta in volta, a valorizzare più o meno dichiaratamente alcuni presupposti fattuali degli eventi umani. Vicende umane, appunto, che in quanto tali sono contrassegnate da tassi di complessità, imprevedibilità e fluidità che poco si prestano ad una ricostruzione dogmatica di una macro-clausola come quella contenuta nell'art. 40 cpv. c.p..

Certo, non si tratta di un lavoro agevole.

Eppure esso risponderebbe, senza ombra di dubbio, ad un'esigenza ormai necessaria: sono infatti decisamente sempre meno tollerabili, nel nostro sistema penale, interpretazioni che non si conciliano a pieno con i principi che informano il sistema stesso.

e dispone, al comma 1, in maniera pressoché speculare al nostro art. 40, comma 2, c.p., che "colui il quale omette di impedire un evento che rientra nella fattispecie tipica prevista da una legge penale, è punibile in base a tale legge solo se è giuridicamente tenuto a garantire che l'evento non si verifichi e solo se l'omissione corrisponde alla realizzazione della fattispecie mediante una condotta attiva". Per quanto qui di interesse, la norma prevede al successivo comma 2 che "la pena può essere diminuita ai sensi del § 49, comma 1". Traduzioni a cura degli scriventi.

⁹⁶ C. IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 33.