

Maria Federica Carriero

---

**L'INGERENZ-THEORIE ALLA LUCE  
DI NUOVE (E PIÙ SOFISTICATE)  
DERIVE GIURISPRUDENZIALI**

---

Estratto

**MARIA FEDERICA CARRIERO**

---

Ricercatrice in Diritto penale - Università degli Studi di Roma, "La Sapienza"

**L'INGERENZ-THEORIE ALLA LUCE DI NUOVE  
(E PIÙ SOFISTICATE)  
DERIVE GIURISPRUDENZIALI (\*)**

957

*La posizione di garanzia tra istanze di protezione ed esigenze di criminalizzazione.*

*Abstract*

Il presente scritto si pone l'obiettivo di realizzare una ricognizione delle ultime giurisprudenze che si sono espresse in tema di posizione di garanzia. Da tale prima analisi emergerà come sia entrato ormai in uso il ricorso a categorie il cui impiego spesso costituisce una "cartina tornasole" dell'applicazione, talvolta inconsapevole, della teoria dell'ingerenza. Lo studio, in un'ottica anche comparata, di tale teoria induce nondimeno a ritenere del tutto impraticabile la strada che pretende di assegnare, sul piano della parte generale, rilevanza a tale criterio per fondare la presenza di nuovi soggetti garanti. Diversamente opinando, si giungerebbe al risultato di ridefinire, in nome del criterio dell'ingerenza, alcune categorie di parte speciale in tema di delitti aggravati dall'evento (es. artt. 584 e 586 c.p.), ma anche interi istituti di parte generale (es. artt. 40 cpv., 43, 56 co. 4 c.p.), legittimando la presenza di "garanti *omnibus*" e trasformando in omissivi reati commissivi in virtù della mera creazione di un nuovo rischio illecito.

---

(\*) Il presente scritto si inserisce nell'ambito del progetto di ricerca "Massimario penale e conoscibilità del diritto: la costruzione del precedente nello spazio giuridico europeo" (PRIN 2017).

*The Ingerenz-Theorie in Light of New (and More Sophisticated) Deviations in the Case Law  
The Position of Guarantee between Demands for Protection and Criminalization Needs*

*Abstract*

*The primary purpose of this paper is to carry out a survey of the latest case law on the subject of the guarantor status. This initial analysis shows how it has now become common practice to use categories, which often acts as a “litmus test” for the (sometimes unconscious) application of the theory of interference. The study, also from a comparative perspective, of this theory nevertheless leads to conclude that the path taken by those who want to give, within the context of the general section, relevance to this criterion in order to justify the presence of new guarantors is totally impracticable. Thinking otherwise would result in a redefinition, in the name of the criterion of interference, of some categories set forth in the special section on the subject of crimes aggravated by the event (e.g. Articles 584 and 586 of the Criminal Code), but also entire institutions of the general section (e.g. Articles 40, 43 and 56(4) of the Criminal Code), thereby legitimizing the presence of “omnibus guarantors” and transforming offences of commission into offences of omission by virtue of the mere creation of a new unlawful risk.*

958

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'*Ingerenz-Theorie* quale base per fondare nuove posizioni di garanzia. — 3. La (progressiva diffusione del “germe” della) teoria dell'*Ingerenz* in Italia tra “vecchie” (...). — 4. *Segue*: (...) e “nuove” derivate giurisprudenziali. — 5. Il criterio della “precedente attività pericolosa” (*gefährdendes Vorverhalten*) in Germania. — 6. L'esperienza spagnola: un tentativo (fallito?) di positivizzazione del criterio dell'*injerencia*. — 7. Il *duty arising from creation of a dangerous situation* nell'esperienza anglosassone. — 8. Conclusioni.

1. *Premessa.*

1.1. Il tema della posizione di garanzia può sembrare a tratti scontato e/o addirittura quasi assodato nel panorama non solo giurisprudenziale, ma anche dottrinale. Se si chiede, infatti, ad uno studente di giurisprudenza di parlare in generale di tale tematica, questo potrebbe addirittura tirare un respiro di sollievo. Un alunno particolarmente bravo partirebbe dalla distinzione che intercorre tra reati omissivi propri e quelli impropri<sup>1</sup>, per poi indirizzarsi

<sup>1</sup> Si tratta di una distinzione accolta sia nei Paesi di *civil law* (per cui si distingue tra “*echtes Unterlassungsdelikt*, *délit de pure omission*, *delito propio de pura omisión*” e “*delito de omisión inauténtico*” o “*improprio*”, *délit de commission par omission*, *unechtes Unterlassungsdelikt*”), che in quelli di *common law* (*pure omission* and *improper or inauthentic offence of omission*).

sull'art. 40 cpv. c.p.<sup>2</sup> e infine concentrarsi sulla distinzione che intercorre tra le posizioni di “controllo” e quelle di “protezione”<sup>3</sup>. Uno studente brillante potrebbe addirittura soffermarsi sul rapporto che intercorre tra i reati commissivi colposi (in cui il profilo omissivo della colpa è assorbente, tanto da far ritenere che il reato abbia carattere omissivo e non attivo) e i reati omissivi impropri<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Una norma simile è prevista anche in Germania (§ 13 StGB che contiene al suo interno una clausola di equivalenza, c.d. *Gleichwertigkeitsklausel*), oltre che in Spagna (art. 11 c.p.s.). In relazione all'art. 40 c.p. è necessario comprendere se la collocazione topografica dell'obbligo giuridico previsto nel secondo comma di tale articolo debba intendersi in termini pressoché “fortuiti”, oppure se l'intento del legislatore fosse proprio quello di intendere il capoverso dell'art. 40 come una naturale prosecuzione di quanto previsto nell'ambito del co. 1 che prevede e disciplina, insieme all'art. 41 c.p., il rapporto di causalità. Sul tema si sono, invero, sviluppate tre tesi: secondo la prima sussisterebbe una perfetta sovrapposizione tra il concetto di “posizione di garanzia” e “causalità”; un altro orientamento (invero minoritario) propende per l'equiparazione tra “posizione di garanzia” e “antigiuridicità”; infine, secondo un ultimo occorre ricondurre il tema della posizione di garanzia a quello più generale della costruzione della fattispecie e/o dell'imputazione oggettiva. Per una ricostruzione, v. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983, 113 ss. In particolare, avalla la prima tesi, F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *questa Riv.*, 1934, 16 ss., 41 ss. La seconda teoria è, invece, avallata da F. CARNELUTTI, *Illiceità penale dell'omissione*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1933, 2 ss.; F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *questa Riv.*, 1936, 121 ss., spec. 123 ss. La terza teoria è infine accolta oltre che da G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 125; v. anche da F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, 1975, 102 ss., 168 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2004, 456 laddove, peraltro, motiva la differenza tra gli obblighi di “diligenza” e di “garanzia” sostenendo che « il momento omissivo [...] si identifica con la mancata osservanza del dovere giuridico pre-tipico ». Similmente, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, 1993, 101.

<sup>3</sup> Sul tema, *ex multis*, v. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, 1979, spec. 132 ss., 139; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 141 ss., 234 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999, 81 ss., 96 ss. V., inoltre, per ulteriori riferimenti dottrinali (anche tedeschi) N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Giuffrè, 2003, 40 ss. Occorre, peraltro, considerare che una parte della dottrina assume un'ottica tripartita, per cui accanto alla classica distinzione tra i poteri di “protezione” e quelli di “controllo”, considera anche il c.d. “potere di impedimento della condotta illecita altrui”. Quest'ultima forma di poteri viene spesso posta in connessione con gli “obblighi di sorveglianza” per fondare una responsabilità penale in virtù del combinato disposto dagli artt. 40 cpv. e 110 c.p. *sub specie* di concorso mediante omissione nel reato commissivo altrui. In dottrina, oltre alle opere già citate (in particolare: G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 176 ss., 193 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 140 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., spec. 353 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 50 ss., 58 ss. e *passim*), v. L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *questa Riv.*, 1997, 1339 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, 2001, 376 ss.

<sup>4</sup> Sulla differenza che intercorre tra le “regole di diligenza” e i “poteri di impedimento”, *ex multis*, v. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 374; G. FIANDACA, *Il reato commissivo*

## MARIA FEDERICA CARRIERO

1.2. Eppure non è così. Diverse sono le questioni che dividono la dottrina e la giurisprudenza, non solo italiane. Uno dei principali problemi riguarda la necessità di definire i *poteri* che sono in grado di circoscrivere *reali* (e non meramente apparenti) figure di garanzia. Più precisamente, occorre chiedersi se al fine di poter concepire un soggetto come *garante* basti un generico *obbligo di intervento* rivolto nei riguardi del *quisque de populo*; oppure se serva, al contrario, un *quid pluris* tanto sul piano della qualifica soggettiva, quanto su quello oggettivo concernente i poteri concretamente concessi nei riguardi del (potenziale) garante. Si devono poi considerare le divergenze che ancora oggi si hanno sul piano della definizione del sintagma *potere impeditivo* che da taluni viene fatto coincidere con il concetto di *dominio* o con quello della *signoria fattuale* sul *decorso causale di un evento*<sup>5</sup>; da altri, alternativamente, con un *potere di fatto* sul bene da proteggere o sulla *fonte* di pericolo, o con un *potere giuridico di supremazia* su determinati soggetti<sup>6</sup>. Per non parlare poi delle questioni che si hanno sul piano dell'accertamento della causalità omissiva, in

---

mediante omissione, cit., 104; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, 522; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *questa Riv.*, 1999, 32 ss., 50, *passim*; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 118; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 581, spec. 631; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità, Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, ETS, 2013, 139 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 453; D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023, 103 ss..

<sup>5</sup> Il concetto di evento può essere variamente declinato e inteso quale evento in senso giuridico o naturalistico. Tale distinzione rileva anche in relazione ai poteri impeditivi concessi nei riguardi del potenziale garante che possono essere, ad avviso di parte della dottrina, di tipo "normativo" o "naturalistico". Il tema è trattato da F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 607 ss.; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 641 ss. Sull'importanza che assume l'evento sotto il profilo della tipicità della condotta omissiva impropria cfr. il recente lavoro di D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., *passim*.

<sup>6</sup> Sul punto v. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 70 ss., spec. 74; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 43 ss., spec. 50. È noto che la c.d. "teoria del dominio" (*Herrschaftslehren*) può farsi risalire a B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, Schwartz 1971, 229 ss., 231 ss. Sul punto v. C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, II, Beck, 2003, § 32 nm. 17 ss., spec. 19 secondo cui il dominio sull'evento assumerebbe, seguendo questa dottrina, una portata centrale nella definizione di nuovi soggetti garanti. Per una critica J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, Duncker & Humblot, 1986, 74 ss. Tale teoria è stata recepita anche da Illustre Dottrina italiana come, ad esempio, da G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 133 ss., 196 ss. laddove afferma che la *Garantenstellung* poggia su un effettivo *potere di signoria*; v. anche F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., il quale specifica che il potere signoria deve essere "qualificato" per assumere rilevanza. In senso parzialmente critico v. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 241 il quale parla alternativamente di un "potere fattuale" o di un "potere giuridico"; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni: nel diritto penale dell'impresa*, Nardini, 1985, 202 s. secondo cui la teoria del dominio può essere valida se vista in

relazione al quale in giurisprudenza si è spesso assistito ad indebite sovrapposizioni tra nozioni giuridiche a base dogmatico-concettuale differente (es. “colpa” e “causalità”).

1.3. Al netto delle classiche questioni poc’anzi enunciate, ve ne sono delle altre di relativamente recente emersione che attengono, più correttamente, al tema delle *fonti* delle posizioni di garanzia. Non a caso, la definizione delle fonti e dei limiti degli obblighi di garanzia è stata definita da Roxin come uno dei capitoli più oscuri e controversi sul piano dogmatico<sup>7</sup>.

Sempre più spesso si assiste in giurisprudenza ad accertamenti di responsabilità a titolo omissivo improprio, giustificando *ex post facto* la presenza di (presunti) obblighi di garanzia in virtù di fonti diverse da quelle comunemente accettate dalla c.d. teoria formale<sup>8</sup>. Sicché, ad oggi si sta assistendo ad un fenomeno del tutto opposto rispetto a quello che connotava il passato e che conduce ad un proliferare incontrollato di soggetti garanti<sup>9</sup>. Non si può, ad

---

negativo, per cui occorre valutare la mancanza di un potere particolarmente incisivo quale indice del difetto della posizione di garanzia.

<sup>7</sup> C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, cit., § 32, nm. 2.

<sup>8</sup> Si tratta di una tesi propria del liberalismo penale che nella sua prima elaborazione (risalente a Feuerbach) trovava un fondamento in un *besonder Rechtsgrund* ravvisato nella legge, ovvero in un altro atto dotato del carattere della giuridicità formale. Per un approfondimento, *ex multis*, v. F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *questa Riv.*, 2001, 337 ss. La sfera delle fonti degli obblighi di impedire l’evento è stata progressivamente ampliata fino a ricomprendere, al suo interno, ulteriori obblighi impeditivi nascenti dalla categoria della c.d. “propria precedente attività pericolosa”. Si è, in questa maniera, giunti alla c.d. “teoria del trifoglio”, per cui occorre considerare quali fonti della posizione di garanzia la “legge” (penale o extra-penale), il “contratto” e la “precedente attività pericolosa”. La dottrina critica il fatto che la teoria del trifoglio possa essere ricondotta alla concezione illuministico-liberale di Feuerbach (così, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 11). Sul tema cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, cit., § 32, nm. 4. V. anche F. GRISPIGNI, *L’omissione nel diritto penale*, cit., 48-49 il quale accoglie la possibilità di includere anche la “precedente attività pericolosa” tra le fonti delle posizioni di garanzia, salvo il caso in cui si sia già verificato l’evento che integra il reato (sicché “*chi cagiona un incendio non diviene autore doloso di questo se non lo smorza, perché si tratta di dolus subsequens*”); F. ANTOLISEI, *L’obbligo di impedire l’evento*, cit., 134 ss.; M. SPASARI, *L’omissione nella teoria della fattispecie penale*, Giuffrè, 1957, 178 ss.; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, 1982, 193-194.

<sup>9</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 171. Questo, peraltro, è accentuato dall’estensione dell’impiego del principio di solidarietà (art. 2 Cost.). In effetti, è proprio dall’assenza di legislazione speciale (capace di prevedere e codificare apposite figure di garanzia) che deriva la cristallizzazione *ex post facto* di nuove figure di soggetti garanti. Il proliferare di “nuove posizioni di garanzia” può essere, in questo senso, spiegato alla luce del tema della c.d. “società del rischio”. Questi fenomeni conducono non solo ad un’ipertrofia del diritto penale (espressione ripresa da C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985), ma anche, talvolta, a concepire il diritto penale come parametro per valutare l’“etica pubblica” (M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica: Considerazioni sul politico quale “tipo d’autore”*, Mucchi, 2015).

## MARIA FEDERICA CARRIERO

esempio, non considerare il ricorso che la giurisprudenza fa a categorie ibride come quelle del *contatto sociale*<sup>10</sup>, del *comportamento concludente* o della *assunzione unilaterale dei compiti di tutela*. Tali espedienti non solo aprono definitivamente le porte alla concezione sostanziale<sup>11</sup>, ma per di più palesano (almeno in alcuni casi) come il “germe” della teoria di origine tedesca dell’ingerenza si stia diffondendo sotto diverse vesti anche nel nostro ordinamento, fondando rimproveri con pene più gravi di quelle che si avrebbero tramite l’appello ai reati omissivi propri (es. art. 593 c.p.)<sup>12</sup>. In questa maniera, se da un lato si amplia a dismisura il catalogo dei soggetti garanti, dall’altro si producono degli effetti distorsivi per l’intero sistema di cui, probabilmente, ancora non si comprendono la reale pericolosità e portata<sup>13</sup>.

1.4. Nel quadro così tratteggiato il presente scritto si propone quale scopo principale quello di verificare “a che punto siamo arrivati” sul tema delle fonti delle posizioni di garanzia. Si intende, più nello specifico, realizzare una ricognizione di quelli che sono gli ultimi approdi giurisprudenziali, analizzando gli strumenti cui sempre più spesso i giudici fanno ricorso per giustificare la presenza di soggetti garanti. Ciò, soprattutto in relazione a “casi” che necessi-

962

<sup>10</sup> L’istituto del “contatto sociale” è sorto nella giurisprudenza civilistica e trova un ancoraggio normativo nella terza fonte delle obbligazioni prevista nell’art. 1173 c.c. Tra le sentenze più rilevanti che si sono avvalse di tale strumento si può senz’altro ricordare la sentenza Cass. Civ., Sez. III, 22.01.1999, n. 589 in cui la nozione di “contatto sociale” è stata applicata al rapporto tra il medico del pronto soccorso (dipendente di un ente ospedaliero) e il paziente.

<sup>11</sup> Sul tema v. soprattutto J. NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *GS*, III, 1938, 53 ss. (citato da G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 30 ss.), nonché ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1988, 283 ss. In Italia, per una ricostruzione v. spec. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 242 ss., *passim*; F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito*, cit., 337 ss.; ID., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 984 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 180 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 39 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato.*, cit., 384 ss.; D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, n. 153 ss.

<sup>12</sup> Conclusioni di questo tipo sono state, da ultimo, raggiunte in riferimento ad un noto caso di cronaca (c.d. caso Vannini). Sul punto v. Cass. pen., Sez. I, 6.3.2020 (ud. 7.2.2020), n. 9049 in cui si opera un richiamo al principio del “*neminem laedere*”, declinato in chiave “para-familiare” nel quadro di indefiniti doveri di ospitalità; e la successiva Cass. pen., Sez. V, 19.7.2021 (ud. 3.5.2021), n. 27905. Per una disamina v. M. SPINA, *Il “caso Vannini”. Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, in *Arch. pen. web*, 2020; ID., *La Cassazione-bis sul caso Vannini: l’ospitalità come fonte di obblighi protettivi in una lettura ultra-sostanzialistica del reato omissivo improprio*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 7.09.2021. V. inoltre, *ex multis*, v. A. GARGANI, *Lo strano caso dell’azione colposa seguita da omissione dolosa. Uno sguardo critico alla sentenza “Vannini”*, in *DisCrim.*, 18.11.2020, 1 ss.; F. PIERGALLINI, *Il “caso Ciontoli/Vannini”: un enigma ermeneutico ‘multichoice’*, in *DisCrim.*, 25.06.2020, 1 ss.; M. BIANCHI, *Il fatto crea il precetto? Alcune considerazioni “a prima lettura” sulla sentenza Vannini/Ciontoli*, in *GP web*, 2020, 4, 1 ss.

<sup>13</sup> Cfr. A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 632, n. 180.

terebbero, considerando i beni giuridici coinvolti e il disvalore degli eventi realizzati, di pene probabilmente più gravi rispetto a quelle che si avrebbero in virtù dell'applicazione di reati commissivi colposi.

Da tale prima analisi emergerà come in giurisprudenza sia entrato ormai in uso il ricorso a categorie il cui impiego spesso (anche se non sempre) costituisce una “cartina tornasole” dell'applicazione, talvolta inconsapevole, dell'ingerenza. L'analisi comparata di questa teoria ci permetterà, nondimeno, di sostenere che se davvero si decide di ricorrere a tale strumento per giustificare la presenza di nuovi garanti è necessario arricchire il dibattito in essere con considerazioni di vario tipo. Si vedrà, infatti, come non sia sufficiente “scovare” la presenza di una “condotta complessa” (generalmente attiva-colposa + omisiva-dolosa) per poter assegnare al primo segmento causale l'attributo di *precedente agire pericoloso* in grado, come tale, di connotare in positivo un obbligo di impedimento di un evento in capo ad un soggetto. Si rende a tal fine necessario accertare l'integrazione di una serie di presupposti, primo fra tutti quello concernente la corrispondenza tra il rischio che si viene ad attivare *ex ante* e quello che si concretizza nell'evento *ex post*<sup>14</sup>.

Si vedrà, però, come neppure il richiamarsi alle soluzioni ad oggi avanzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza straniera sia sufficiente in un ordinamento come il nostro, in cui la materia delle (fonti delle) posizioni di garanzia è governata dal principio di riserva di legge, oltre che da quelli di determinatezza, certezza e prevedibilità del diritto<sup>15</sup>. L'alternativa a questa opzione si vedrà

<sup>14</sup> In quest'ultimo senso, si ritiene che i tempi siano ormai abbastanza maturi per porre in essere in tema di posizione di garanzia un passo simile a quello che, per altri versi, si è compiuto in riferimento alla causalità, per la quale proliferano ormai da tempo sentenze in cui emergono chiari riferimenti alla c.d. “teoria del rischio” soprattutto laddove sorgano questioni *ex art. 41 co. 2 c.p.* di cause sopravvenute in grado, come tali, di assorbire l'intero disvalore del fatto cagionato.

<sup>15</sup> Sulla differenza che intercorre tra il principio di prevedibilità e quello di certezza cfr. M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. Gius.*, n. 4, 2018, § 4. V. inoltre, *ex multis*, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014. Al netto dei problemi che sorgono sul piano dei principi, occorre considerare l'incompatibilità logico-strutturale tra il reato omissivo improprio e le situazioni in cui è il (presunto) omissivo ad aver innescato un *iter sfociato* poi nell'evento. Come, infatti, a breve si vedrà, il primo segmento causale è quasi sempre connotato, sul piano del fatto tipico, da una *causazione colposa* cui segue poi un evento che si viene ad imputare assegnando rilievo ad un *dolus subsequens*. Nei casi in cui, invece, le originarie condotte attive siano connotate da dolo (v. *infra*, es. 4), ciò che poi muta è il suo oggetto: si accollano, infatti, eventi che pur potendo essere previsti, non sono poi in realtà coperti dall'originario spettro volitivo del soggetto agente. Sempre avendo riguardo a queste ultime ipotesi non si possono non considerare i profili di incompatibilità che emergono con la disciplina prevista in tema di tentativo (*spec. art. 56 co. 4 c.p.*), oltre che con taluni reati omissivi propri che presuppongono, ai fini della loro integrazione, un precedente agire pericoloso già sfociato in un evento lesivo che si deve a quel punto evitare che produca ulteriori conseguenze.

essere tanto scontata quanto ambiziosa, e conduce al ripensamento dell'intera materia sulla base del recupero delle istanze di garanzia che erano state poste alla base del movimento che ha sostenuto, già dai tempi del Progetto Grosso, le esigenze di una marcata positivizzazione di tali fonti <sup>16</sup>.

1.5. Ciò premesso, prima di entrare nel merito della trattazione, si ritiene opportuno riassumere, seppur per sommi capi, quelle che sono le origini della teoria dell'ingerenza, per poi verificare come la stessa venga solitamente impiegata in Italia e anche negli ordinamenti stranieri in cui è sorta (Germania) o si è progressivamente sviluppata (ambienti anglosassoni), fino addirittura al punto di trovare una positivizzazione (Spagna).

## 2. *L'Ingerenz-Theorie quale base per fondare nuove posizioni di garanzia.*

2.1. Lo strumento della c.d. *precedente attività pericolosa* si è affermato nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche ove è posto in connessione con la teoria dell'ingerenza che trova, a sua volta, un fondamento nel generale divieto di ledere gli altri (*neminem laedere*), nonché nel c.d. "principio di implicazione" (*Insolvierungsprinzip*) <sup>17</sup>.

L'origine storica di tale teoria può farsi coincidere con la diffusione, a partire dal XIX secolo, di tutte quelle dottrine incapaci di assegnare autonoma rilevanza all'omissione rispetto all'azione sotto un profilo ontologico-naturalistico <sup>18</sup>. Punto di partenza di tali tesi è che l'omissione non può mai essere causa

964

<sup>16</sup> In tale occasione la commissione è pervenuta ad elaborare un abbozzo di casistica suscettibile poi di integrazione (con parole simili cfr. G.F. CIANI, G.F. IADECOLA, G. IZZO et al., *Osservazioni sulla relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998 e presieduta dal prof. C.F. Grosso*, in *Riv. pen.*, 2000, 113 ss., spec. 116 ss.). Il testo del Progetto di riforma del codice penale e la Relazione sono riportati in questa *Riv.*, 2001, 574 ss. Cfr. inoltre A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, spec. 183 (contributo di I. LEONCINI, *Le posizioni di garanzia nel progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale*); D. PULITANO, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in questa *Riv.*, 2001, 3 ss. Più recentemente v. C. IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all'evento offensivo*, in *disCrimen*, 21.6.2021, 32 ss.

<sup>17</sup> Si tratta di un principio enunciato da K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Leipzig, 1890, 118 (ricostruzione ripresa da A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 625).

<sup>18</sup> Si fa evidentemente riferimento all'annosa questione concernente la natura della causalità omissiva o, più in generale, dell'omissione in sé, in relazione alla quale si può ipotizzare una *summa divisio* tra criteri di tipo valoriale (normativo) e quelli di tipo ontologico. Per una ricostruzione a partire dai lavori di Radbruch cfr.: J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, 1997, spec. 54 il quale citando Kaufmann parla a proposito di un'irriducibilità ontologica e dogmatica tra omissione e azione; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, cit., § 31, nm. 69 ss., § 32 nm. 155. Nella letteratura italiana, al netto delle opere già citate (e in particolare a quella di F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, cit., spec. 19

di un evento; affinché lo diventi è necessario che la stessa venga intesa quale parte di una forma comportamentale complessa e composta da un primo segmento commissivo (precedente azione pericolosa) e da uno successivo di tipo omissivo (mancata neutralizzazione delle conseguenze derivanti dal precedente agire pericoloso)<sup>19</sup>. In questo modo, alla produzione dell'evento concorrevano sia la precedente condotta positiva che quella successiva omissiva, con conseguenze commistione anche dei profili soggettivi (generalmente colposo-attivo il primo e doloso-omissivo il secondo)<sup>20</sup>.

2.2. Il graduale superamento delle “*concezioni monistiche*” ottocentesche in tema di causalità<sup>21</sup> — che nella sostanza conducevano ad un rafforzamento

---

ss., 26 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 97 ss., 385 ss.; M. SPASARI, *L'omissione nella teoria*, cit., spec. 9 ss. e *passim*; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., *passim* e spec. 625 ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., *passim*.; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 77 ss.; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 120, 132 ss., *passim*), v. anche F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Giappichelli, 1960, 133 ss., 140 ss., 222 ss.; G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *For. it.*, 1983, 27 ss., spec. 35; ID., *voce Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 119 ss., 126 ss.; ID., *Voce Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 547; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, 159 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, vol. I, cit., *sub* Art. 40, spec. 375 ss. Per una ricostruzione della tematica, avendo anche riguardo alla dottrina tedesca, v. L. RAMPONI, *Concausa antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. pen.*, 2008, 566 ss., spec. par. 4. Più recentemente v. K. AMBOS, *Omissioni*, in *Diritto penale XXI secolo*, *Sez. Pen.*, 2021, 19 ss., spec. § 1 e i riferimenti dottrinali ivi riportati.

<sup>19</sup> Con parole simili G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 278-279, v. anche 386 ss. Sulle origini di questa teoria, chiare le parole di B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., 321 il quale parla a proposito dello “sterile monismo causale” che si è diffuso a partire dal XIX secolo, individuando quali padri fondatori di questa teoria Luden, ma soprattutto Krug e Glaser, con successiva ripresa anche da parte di V. Buri e Binding; nella medesima direzione v. anche H.J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Schwartz, 1966, 2, 7 ss.; ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 286.

<sup>20</sup> Tra le principali obiezioni mosse nei riguardi di questa teoria si può ricordare quella che concerne lo iato tra causalità e colpevolezza. Così, *ex plurimis*, v. F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, cit., 36; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 12 ss., spec. 14 ss.; ID., *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, cit., 35; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 278 ss.; anche F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità in diritto penale*, cit., 140-143; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 105 ss.; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 132 ss.

<sup>21</sup> La formula si deve ad A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 625 cui si rinvia per ulteriori richiami dottrinali (spec. nt. 152). È infatti noto come tali concezioni siano state progressivamente soppiantate da tutte quelle teorie che, ad oggi, intendono l'omissione in un'ottica squisitamente normativa, e che hanno, con il passare del tempo, condotto al predominio, sotto il profilo dell'accertamento della causalità, delle teorie della *causalità giuridica* su quelle *naturalistiche*. Si deve nondimeno precisare che sussiste ancora un monismo sotto il profilo *del metodo d'accertamento della causalità*: tanto in Germania quanto in Italia vige, infatti, un primato indiscusso della teoria della *condicio sine qua non* la quale deve essere

## MARIA FEDERICA CARRIERO

della saldatura tra il momento commissivo e quello omissivo — con conseguente attribuzione alle condotte omissive di autonoma rilevanza dogmatico-concettuale a prescindere dalla presenza di un precedente segmento commissivo, non ha però portato ad uno loro totale abbandono. Le basi fondanti di tali teorie sono state, infatti, successivamente riprese e fatte rientrare proprio nell'ambito della teoria dell'*Ingerenz* che in Germania (ma non solo) viene impiegata per giustificare la presenza di specifici obblighi/doveri di garanzia in capo a soggetti che tramite propri comportamenti precedenti pericolosi producono *rischi* che dovranno, a quel punto, poi evitare che si tramutino in *eventi*.

Il pericolo che tuttavia si genera, se si decide di ricorrere *de plano* alla teoria dell'*Ingerenz* per fondare la presenza di nuovi obblighi/doveri di garanzia, è quello di assegnare valore ad una sorta di *causa proxima all'evento*<sup>22</sup>, giustificando l'attribuzione delle conseguenze dannose ad un soggetto in virtù del suo *mero precedente agire pericoloso*. Ciò, a prescindere dalla concreta verifica, sotto il profilo dell'imputazione, circa la reale competenza degli agenti considerati a rispondere di (o prevenire) quei determinati eventi.

Sennonché, se la questione causale può essere vagliata *ex post* seguendo la logica del c.d. “senno di poi”, lo stesso non può dirsi in relazione al tema della posizione di garanzia: quest'ultimo attiene, infatti, al piano dei *soggetti*, della *ripartizione (delle sfere) dei rischi* e quindi, in altre parole, dell'*ascrizione* di un fatto proprio (e colpevole) nei riguardi del suo specifico autore<sup>23</sup>.

966

intesa però, a differenza di quanto si sostiene nei Paesi di *common law*, come una teoria dell'imputazione causale (*legal/proximate causation*) e non anche quale teoria ad impianto naturalistico (*factual causation*).

<sup>22</sup> Il concetto di “causa prossima” è stato poco approfondito in Italia in quanto è stato delegittimato dalla *c.s.q.n.* Sul punto v. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., 59 ss., spec. 76; e più recentemente K.W. WRIGHT, *Causalità, responsabilità, rischio, probabilità, nude statistiche e prova: sfoltire il cespuglio di rovi chiarendo i concetti*, in *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, a cura di F. Stella, Milano, 2004, 74 ss. Invero, nel momento in cui si fa riferimento a tale nozione occorre considerare due scuole di pensiero: la prima assegna all'attributo “prossima” un significato e valore di tipo empirico-temporale, con la conseguenza di attribuire importanza unicamente alle cause che si trovano in rapporto di *vicinitas* rispetto all'evento; con la seconda l'attributo “prossima” assume, invece, connotati di stampo marcatamente giuridico. Per una recente ricostruzione delle varie teorie della causa prossima v. *ex multis* M.S. MOORE, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford University Press, 2009, spec. 97 ss., *passim*; Id., *Causation in law*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019, parr. 2.2 e 2.3.

<sup>23</sup> Sul punto, v. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., *passim* che a sua volta riprende il pensiero di Jakobs. Non è un caso, d'altronde, che una parte della dottrina propende nel senso di ravvisare un comune nucleo tra gli obblighi di diligenza e quelli di garanzia. Invero, in riferimento al tema della colpa occorre capire se e in che termini questo assorba e/o completi quello “posizione di garanzia”, nel senso di dire che in presenza di regole cautelari (c.d. regole di diligenza) poste in capo ad un soggetto, si sia necessariamente di fronte ad un soggetto garante di un bene giuridico. È certamente ben possibile che “obblighi di garanzia” e “obblighi di diligenza” vengano a convergere in capo ad una medesima persona definendone nel

2.3. Tali considerazioni hanno condotto parte della dottrina e giurisprudenza straniere a tentare di circoscrivere il perimetro applicativo della teoria dell'*ingerenza*. Il cono d'ombra originariamente tratteggiato dalla letteratura favorevole all'impiego di tale espediente giuridico è così risultato sensibilmente limitato alla luce di una serie di requisiti che, ad oggi, devono essere vagliati al fine di fondare la presenza/assenza di specifiche posizioni di garanzia alla luce del richiamo di tale tesi. Non così, invece, in relazione all'Italia in cui, come si è accennato, nonostante il monito mosso da parte della dottrina più attenta che ha dedicato intere opere monografiche al tema della posizione di garanzia, si riscontrano (non più tanto timide) giurisprudenze che fanno ricorso a questo criterio.

### 3. *La (progressiva diffusione del "germe" della) teoria dell'Ingerenza in Italia tra "vecchie" (...).*

3.1. Come si è già accennato, nonostante la dottrina italiana sia tendenzialmente restia ad assegnare rilevanza all'*ingerenza*<sup>24</sup>, sensibili aperture si sono registrate in giurisprudenza. Quest'ultima fa infatti, in maniera più o meno

---

complesso lo *status* di intervento. Ciò, tuttavia, non può condurre a sostenere che la questione del "dovere di garanzia" coincida con quella del "dovere obiettivo di diligenza". In questo senso, v. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 372; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 522; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 104; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 118 ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., *passim*; ID., *Diritto penale, in corso di pubblicazione*; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 631; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 139, la quale nella n. 72 riporta ulteriori richiami dottrinali. In un'ottica generale, v. anche L. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, cit. Nella medesima direzione, v. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 458 secondo cui il rapporto che sussiste tra doveri di "diligenza" e quelli "garanzia" non è di interferenza, né di separazione netta, ma di presupposizione. Rispetto alla materia anti-infortunistica v. A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., *passim*; rispetto al concorso di persone v. G. INSOLERA, *voce Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1988, spec. 479 ss. Nell'ambito del delitto colposo, se si richiedesse una contropinta ostativa assoluta il rischio è che si confonda il piano della "prevenzione" con quello della "precauzione".

<sup>24</sup> In senso apertamente critico, v. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 203 ss., 211 n. 21; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 189 ss. e 277; F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., par. 7; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 103 ss., spec. 116. V. anche Cass. pen., sez. IV, 22.10.2004, n. 3446 con nota di A. NATALINI, in *Dir. e giust.*, 2005, 42 ss.; Cass. pen., sez. IV, 8.10.2003, in *Il For. It.*, 2004, 423 ss. Si possono comunque segnalare talune aperture dottrinali. Cfr., ad es., F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, cit., 36 ss. In un'ottica maggiormente temperata cfr. F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., 138; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, Vol. I, Giuffrè, 2004, sub Art. 40, 388 ss. Quest'ultimo pur ammettendo la dubbia compatibilità di tale istituto con il principio di legalità, ritiene che possa essere facilmente assorbito nell'ambito degli "obblighi di controllo". Quanto alle giurisprudenze, oltre a quelle che verranno a breve esaminate, da una lettura a contrario v. anche Trib. Milano, 18.03.2004, in *Foro Ambr.*, 181 (in relazione alla responsabilità del "service" o "host provider"); Cass. pen., sez. IV, 21.5.1998, Fornari, in *Cass.*

esplicita, ormai da tempo ricorso a tale categoria spesso mascherando il suo richiamo mediante l'appello ad ulteriori espedienti giuridici, primo fra tutti quello dell'*assunzione volontaria* degli obblighi di tutela. All'interno di questa espressione si intendono, invero, ricomprendere una serie di ipotesi: la prima riguarda il caso del soggetto che diventa garante in via derivata, in virtù della stipulazione di un contratto (*assunzione volontaria in senso stretto*); la seconda presuppone il ricorso all'art. 2028 c.c. quale norma fondante il dovere di impedimento (c.d. *assunzione spontanea*); la terza si colloca, infine, ad avviso di chi scrive, a metà strada per le ragioni che a breve si esporranno.

Il primo caso non pone, in realtà, particolari problemi, a condizione che soggetti, poteri e limiti di intervento siano chiaramente definiti all'interno dell'atto di natura negoziale.

L'impiego dell'art. 2028 c.c. non è, invece, unanimemente accolto in dottrina. Ad avviso di Mantovani, ad esempio, si tratta di una norma che trova applicazione solo in relazione ai beni patrimoniali, non potendo essere utilizzata in relazione ai beni della "vita" e dell'"incolumità individuale", data « l'incompatibilità del requisito della facoltatività della iniziale assunzione della gestione con l'obbligatorietà del soccorso »<sup>25</sup>. Secondo Grasso, d'altro canto, occorre rispettare una serie di requisiti, ovverosia: (i) l'inizio della gestione; (ii) l'alienità dell'affare rispetto alla sfera giuridica del gestore; (iii) la spontaneità dell'intervento (non collegabile ad un preesistente dovere giuridico); e (iv) l'incapacità materiale del *dominus* di provvedere da sé ai propri interessi. Il medesimo Autore prevede inoltre che il soggetto che assume il compito di tutela determini, tramite la sua "ingerenza", un aumento del rischio per il bene da proteggere<sup>26</sup>.

3.2. Il concetto di aumento del rischio viene, peraltro, in rilievo in relazione a tutte quelle ipotesi che, nonostante l'assenza di formali obblighi/doveri di impedimento, si connotano per il fatto che la persona protetta sarebbe priva di qualsiasi tipo di tutela laddove il (presunto) garante si astenesse dallo svolgimento dei suoi compiti. Si fa evidentemente riferimento a "casi ibridi" che si collocano, come si è già accennato, a metà strada tra le ipotesi poc'anzi

pen., 2000, 40 e s.; Trib. Ravenna 23.07.1990, Arienti, Cass. Pen., 1992, 1617 (con nota di Curi, *Nesso di causalità infortuni sul lavoro: criteri e limiti di individuazione*, ivi, 1638 e ss.).

<sup>25</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito*, cit., spec. par. 7. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 308 evidenzia come tale norma venga in rilievo una volta che il pericolo si sia già manifestato, legittimando la possibilità dell'ingerenza nella sfera giuridica del soggetto incapace.

<sup>26</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 274 ss. Per una critica v. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 299 ss. L'Autrice fa peraltro notare come l'istituto in questione deroghi al generale principio che vieta ogni ingerenza negli altrui affari. Tale deroga si ispira al principio "solidaristico", oltre che a quello della "conservazione dei beni giuridici". Si specifica, inoltre, che non si tratta di un atto negoziale, bensì di un fatto giuridico volontario.

esaminate. Di diverso avviso, invece, la giurisprudenza, la quale fa rientrare tali ipotesi talvolta nell'alveo della categoria dell'*assunzione volontaria dei compiti di tutela*, presumendo la presenza di un "incontro di volontà" malgrado la formale assenza di negozio; e altre volte in quello dell'*assunzione unilaterale dei compiti di tutela*.

Esempio 1. Luca si avventura insieme alla moglie Valeria lungo un sentiero di montagna. Decidono ad un certo punto di fermarsi in una baita dove incontrano Mario, esperto scalatore, il quale si offre di scortare i coniugi lungo un percorso quasi del tutto inesplorato. Durante la gita scoppia però, contro ogni prognostico, un temporale che rende il sentiero difficile da praticare perfino per lo stesso Mario. Valeria, a causa della pioggia e della ridotta visuale, non aggancia bene il moschettone da sicura; ciò determina il cedimento della corda e la caduta, con conseguente morte, di Valeria.

Si tratta di un caso piuttosto noto che, ad oggi, non pone più particolari problemi, quantomeno sotto il profilo della fonte della posizione di garanzia in capo a Mario: la giurisprudenza tende infatti a ravvisarla nel "contatto" che si instaura tra le parti.

Più nello specifico, in talune massime si legge che « l'assunzione del ruolo di garante si fonda pur sempre su base consensuale e non sull'assunzione [...] unilaterale dei compiti di tutela ». L'obbligo di intervento/impedimento troverebbe pertanto un fondamento nell'incontro di volontà tra le parti e non già in un'assunzione unilaterale del dovere di tutelare i coniugi<sup>27</sup>. A fronte di questa soluzione, sarebbe nondimeno opportuno chiedersi fino a che punto si possa accettare un orientamento di tal tipo se non si vaglia, più nel dettaglio, non solo (l'oggetto del-)la *volontà* del (potenziale) garante di assumere i compiti di "protezione" e/o "controllo", ma anche la sua concreta *possibilità* e *capacità* di impedire lo stesso evento.

L'impiego all'interno dell'art. 40 cpv. c.p. del verbo *impedire* non deve essere concepito come una monade a sé stante e isolata: equiparare il *non impedire* al *cagionare* in virtù di un preesistente obbligo di intervento rimasto disatteso, significa non solo far coincidere la causalità (omissiva) con il concetto di *evitabilità*, ma anche ricondurre il tema della posizione di garanzia al di fuori dall'alveo contenutistico strettamente causale-condizionalistico per farlo rientrare in quello più generale dell'imputazione<sup>28</sup>. Il dovere di agire deve, pertanto,

<sup>27</sup> Cass. pen., sez. IV, 22.05.2007, n. 25527.

<sup>28</sup> *Ex multis*, in un'ottica anche generale, v. K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 134 ss.; M. DONINI, *Causalità omissiva*, cit., *passim.*; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, 2006, spec. 109, laddove chiarisce che l'"evitabilità" attiene al tema della imputazione oggettiva in senso lato e più correttamente al tema della responsabilità per fatto proprio (art. 27 Cost.). V. inoltre, F. SUGUBBI, *Responsabilità*

## MARIA FEDERICA CARRIERO

avere come contenuto l'impedimento dell'evento tipizzato dalla fattispecie commissiva. Solo in questo modo il concetto di *impedibilità* viene a legarsi con quelli di *prevedibilità* ed *evitabilità*, nonché con il principio di *personalità della responsabilità penale* <sup>29</sup>.

### 3.3. Oltre a ciò, è per altri versi opportuno a fare un passo indietro quanto

*penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 161 ss., *passim*; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 168. Più in generale, quanto alla teoria dell'imputazione, nella letteratura italiana cfr. M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *questa Riv.*, 1989, parte I e II, 588 e 1114; Id., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., *passim*; A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, 1989; A. PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *questa Riv.*, 1992, 779 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Giuffrè, 2004, sub Art. 41, 403 ss. Con rilievi critici: G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *questa Riv.*, 1991, 3 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., 333 ss., 366.

<sup>29</sup> D'altronde, anche in virtù dell'art. 593 c.p. un soggetto può rispondere per non avere evitato un evento che, di fatto, era dallo stesso impedibile; questo, tuttavia, non giustifica un'incriminazione ai sensi di una fattispecie omissiva impropria (così v. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 135, 167). Sull'importanza che assume la causalità da intendere come fattore tipizzante della condotta omissiva v. D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, cit., *passim*. Da ciò ne consegue l'esclusione — secondo parte della dottrina — dal novero dei poteri capaci di giustificare il ricorso all'art. 40 cpv. c.p. di quelli che si sostanziano in meri obblighi di "intervento" o/e "sorveglianza". Sul tema v. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni: nel diritto penale dell'impresa*, cit., 175 ss., spec. 200-203; F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *questa Riv.*, 2004, 984 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 55 ss., 65 ss., 151. Tale distinzione riguarda soprattutto talune figure da sempre oggetto di discussione in dottrina e meno in giurisprudenza. In materia societaria, in ordine ai poteri impeditivi concessi nei riguardi non solo dei sindaci, ma anche degli amministratori privi di delega, revisori, componenti ODV, ecc. v. F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009, 162 ss.; Id., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. Soc.*, 2012, il quale, peraltro, al par. 4.2 distingue una versione "restrittiva" dei poteri impeditivi (tesi avallata da F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., *passim*.; L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, cit., par. 6) e una versione "estensiva" (tesi avallata da A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, BUP, 2009, 294 ss.). Propendono, di fatto, per quest'ultima tesi anche F. STELLA, D. PULITANO, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1990, 563; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, Vol. II, cit., sub. Art. 110, 178 ss. Da ultimo, rispetto alla posizione dei sindaci, a livello giurisprudenziale si segnalano le seguenti sentenze: Cass. pen., sez. V, 11.5.2018, n. 44107 (con nota di L. CARRARO, *Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 181 ss.); Cass. pen., sez. V, 21.9.2020, n. 28848 (con nota di E. CORUCCI, *Il concorso omissivo dei sindaci nel reato di bancarotta semplice impropria*, cit.); G. RAPELLA, *Concorso omissivo dei sindaci nella bancarotta (semplice) degli amministratori: la cassazione torna a precisare gli accertamenti necessari per l'affermazione della responsabilità penale*, in *SP*, 2021, 165).

alle nozioni di *contatto sociale* e di *assunzione unilaterale dei compiti di tutela*. Partiamo dal primo.

3.3.1. La giurisprudenza penalistica, prendendo in prestito un concetto che deriva dal diritto civile, suole ritenere che il (mero) “contatto” sia di per sé in grado di palesare la presenza di un vincolo di natura “simil-contrattuale”. L’adozione di questa visione conduce però, ad un duplice rischio: se da un lato vi è quello di sovrapporre il piano della *natura* della responsabilità che deriva dall’inadempimento dell’obbligazione *ex* contatto sociale (che in effetti è contrattuale) con quello della *fonte* della obbligazione che non è di origine contrattuale in senso stretto; dall’altro, si pone quello di intendere qualsiasi tipo di *contatto* come idoneo a costituire nuovi “compiti di garanzia”. È nondimeno necessario considerare che l’impiego dello strumento del *contatto sociale* presuppone, nel diritto civile, l’integrazione di una serie di presupposti: in primo luogo, vi deve essere un soggetto titolare di uno *status* qualificato che deriva dall’esercizio di una professione o comunque di una attività con rilievo (diretto o indiretto) pubblico (si pensi, in questo senso, al medico, all’insegnante, alla PA per le ipotesi di responsabilità precontrattuale, ecc.); in secondo luogo, l’instaurazione del “contatto” deve determinare un’ingerenza nella sfera giuridica altrui; infine, è necessario che tale intromissione determini, in capo a chi la subisce, un “affidamento” circa la correttezza dell’altrui condotta<sup>30</sup>. Vero è, peraltro, che una volta che un istituto civile viene “preso in prestito” dal diritto penale lo stesso può assumere connotati e sfumature differenti. Sicché, potrebbe ipotizzarsi l’impiego di tale istituto in un’ottica differente e più ampia rispetto a quella che tipicamente accompagna e riguarda l’ambiente civilistico. Altrettanto vero è però che, come evidenziato da miglior dottrina, ai fini dell’estensione penalistica di un istituto « nato civile e divenuto penale » è necessario che questo « risponda a parametri di legalità penale »<sup>31</sup>. Al netto, quindi, dell’uso che si voglia fare del concetto di *contatto sociale*, rimane comunque la necessità di rispettare gli artt. 25 co. 2 e 27 coo. 1 e 3 Cost.

3.3.2. Per quanto invece riguarda la nozione di *assunzione unilaterale dei compiti di tutela* si deve considerare la differenza che intercorre tra la nozione di “obbligazione contratta volontariamente” (*voluntarily incurred obligation*) e quella di “volontaria assunzione della cura” di un terzo (*voluntary assumption of care*). Solo quest’ultima presuppone un chiaro richiamo ad un “dovere di garanzia” che si viene poi a concretizzare in un altrettanto definito “obbligo di

<sup>30</sup> Da ciò si comprende come la (reale) causa dell’affidamento non possa ravvisarsi nella “mera intromissione”, bensì nella “particolare qualifica” rivestita dal soggetto-ingerente. V. anche Trib. Napoli, sez. VIII, 3.4.2017, n. 4071.

<sup>31</sup> Così, M. DONINI, *Diritto penale, in corso di pubblicazione*.

impedimento” di un evento che non può ricadere se non sul soggetto che assume, di propria iniziativa, il compito di tutelare un determinato bene giuridico che altrimenti rimarrebbe privo di “cura” (*recte*: “protezione”). Piuttosto chiari sono invero, sotto quest’ultimo profilo, i criteri enucleati da parte della giurisprudenza ai fini del rispetto di tale criterio. Occorre in primo luogo valutare « la particolare vulnerabilità del bene, a causa dell’incapacità del titolare di proteggerlo. [...] la tutela del bene [deve essere inoltre] affidata, anteriormente alla verifica della situazione di pericolo, a un terzo, che è per l’appunto il garante. Infine [...] il garante [deve essere] in grado di intervenire sullo svolgimento dei decorsi causali, in modo da impedire la verifica dell’evento tipico; [...] è il comportamento del garante ad aver determinato un aumento del rischio per il bene da proteggere »<sup>32</sup>.

Esempio 2. Luana, vicina di casa di Michela, si dimostra disponibile ad accogliere presso la propria abitazione Giorgia (figlia di Michela) affinché questa giochi con la propria bambina. Luana si allontana temporaneamente in quanto viene chiamata dall’altro figlio all’interno dell’appartamento. Nel mentre Giorgia inciampa, sbatte la testa e muore.

972

La questione che qui si pone è se Luana possa essere ritenuta responsabile dell’evento morte di Giorgia in virtù della previa assunzione unilaterale dei compiti di tutela. Si potrebbe, in effetti, sostenere che Luana, acconsentendo a che Giorgia giochi nel suo giardino con conseguente dissuasione di Michela dal dovere di proteggere la figlia<sup>33</sup>, abbia (di fatto) assunto una posizione di garanzia in grado di rendere il mancato impedimento dell’evento-morte penalmente rilevante in forma omissiva impropria<sup>34</sup>. Soluzione — questa — che necessita però, anche in questo caso, di essere “concretizzata” e “perimetrata” nell’ottica di realizzare una *perfetta aderenza del fatto al proprio autore*, non potendosi certamente ammettere il ricorso ad automatismi di nessun tipo.

Non sempre un mero *comportamento concludente*, che magari si sostanzia in un dovere d’ospitalità che conduce ad un *aumento del rischio* per il bene giuridico, conduce alla cristallizzazione di una posizione di garanzia in capo ad un soggetto. Come non sempre dall’assunzione di obbligazioni di natura civilistica deriva un obbligo di tutela incondizionata<sup>35</sup>. In riferimento ad ambedue i casi serve un *quid*

<sup>32</sup> Cfr. caso Vannini-bis (Cass. pen., sez. V, 19.7.2021, n. 27905).

<sup>33</sup> A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, 2013, 52 ritiene, ad esempio, che la categoria del c.d. *voluntarily incurred obligations* possa trovare applicazione rispetto a casi in cui vi sia una situazione di “isolamento” della vittima (*seclusion*). Sul punto cfr. *R v Taktak* (1988) 34 *A Crim R* 334 (New South Wales, Court of Appeal).

<sup>34</sup> Sul punto v. Cass. pen., sez. IV, 16.12.2013, n. 50606.

<sup>35</sup> Per aperture giurisprudenziali registrate nei paesi di *common law*: v. M. ALLEN, *Textbook on Criminal law*, Oxford University Press, 2015, 29 s. in cui si cita *Stone and Dobbinson* [1997] QB 354 [CA] e *Ruffell* [2003] *Ewca crim* 122; v. anche R. CARD, *Criminal*

*pluris* che palesi tanto la *consapevolezza* e la *prevedibilità* dell'evento, quanto anche la *volontà* e la *capacità* del soggetto agente di accollarsi gli specifici obblighi e poteri di tutela<sup>36</sup>. Presupposti, questi, che non possono riscontrarsi *ex post*, altrimenti il tutto si tradurrebbe in mera "causalità" (*recte*: "condizionabilità" e "aumento del rischio") e "ingerenza" nella sfera giuridica altrui.

#### 4. Segue: (...) e "nuove" derive giurisprudenziali.

4.1. Una volta delineato il quadro dei casi che ad oggi possono definirsi *ius receptum* sul piano (delle fonti) delle posizioni di garanzia, rivolgiamo ora la nostra attenzione alle ultime evoluzioni che si registrano in giurisprudenza. Si vedrà come questa eviti di ricorrere in maniera esplicita alla teoria dell'ingerenza, preferendo al contrario appellarsi ad un criterio *misto-cumulativo*. Cambiando l'ordine degli addendi, il risultato però non muta: a prescindere che si richiami o meno isolatamente tale teoria, il suo "germe" si sta ormai diffondendo a macchia d'olio nel nostro ordinamento, segnando in positivo la presenza di nuovi garanti.

Per comprendere a cosa ci riferiamo, partiamo da un caso piuttosto noto.

Esempio 3. Antonio, simulando uno scherzo e ritenendo che la pistola *Beretta* semiautomatica che aveva lasciato incustodita fosse priva di munizionamento, la punta in direzione di Marco mentre questi fa la doccia, scarrella e preme il grilletto. Esplode quindi un colpo che raggiunge la vittima al livello della faccia esterna del terzio medio del braccio destro, con tramite che attraversa il lobo superiore del polmone destro e poi il cuore. Occorrono sul posto anche i familiari di Antonio i quali, nonostante la ferita, ritardano i soccorsi fornendo agli operatori del 118 e al personale paramedico informazioni false e fuorvianti. Cagionano, in questo modo, il decesso di Marco, che avviene a causa di anemia acuta meta emorragica conseguente alle suddette lesioni, oltre che (come concausa) al ritardo nei soccorsi.

L'esempio riproduce il caso *Vannini* che ha attirato l'attenzione critica da parte della dottrina più attenta. L'epilogo di questa vicenda è tristemente noto: la quinta sezione della Suprema Corte, a seguito dei ricorsi presentati avverso la sentenza della Corte di Assise di Appello di Roma (che era a sua volta intervenuta in sede di rinvio dopo una prima sentenza della Corte di Cassa-

law, Oxford University Press, 2010, 78 s. In generale, v. anche K. AMBOS, in *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, a cura di K. Ambos, A. Duff, J. Roberts, T. Weigend, A. Heinze, Cambridge, 2020, 36.

<sup>36</sup> Il rischio sarebbe altrimenti quello di scoraggiare del tutto l'intervento di volontari in relazione a soggetti che si trovano in stato in pericolo. I c.d. "buoni samaritani" eviterebbero dunque di aiutare le persone in difficoltà perché rischierebbero di essere "puniti" nel tentativo di aiutare (K. AMBOS, *Omission*, cit., 36 s.).

## MARIA FEDERICA CARRIERO

zione), ha giudicato Antonio Ciontoli responsabile per omicidio *ex artt.* 575, 40 cpv. c.p.; i familiari sono stati invece condannati *ex artt.* 110, 114 co. 3 e 575 c.p.<sup>37</sup>.

L'accaduto potrebbe, in effetti, leggersi come un caso di scuola simile, per taluni versi, a quelli che in altri ordinamenti stranieri legittimano il ricorso al *precedente agire pericoloso* quale base per fondare la presenza di una posizione di garanzia. Sulla scorta, infatti, della ricostruzione realizzata a livello processuale, ad una prima condotta colposa (sparo) riconducibile alla figura di Antonio, sarebbe poi seguita una successiva condotta dolosa connotata da *profili misti attivo-omissivi*<sup>38</sup> e posta in essere in concorso da tutti i soggetti coinvolti nell'accaduto. A fronte, nondimeno, della possibilità di richiamare tale criterio quale unica fonte del dovere di garanzia in capo a Ciontoli, la giurisprudenza (prima di merito e poi anche di legittimità) ha preferito fare ricorso ad un *parametro misto-cumulativo*. La prima Corte d'Assise d'Appello ha, ad esempio, sostenuto che « l'obbligo giuridico di impedire l'evento trova [...] la sua radice nel principio generalissimo del *neminem laedere* che avrebbe imposto una condotta ben diversa da quella che in concreto fu tenuta »<sup>39</sup>. Principio del *neminem laedere* che ha trovato poi un'ulteriore specifica allorquando la Cassazione, nel primo giudizio del 2020, si è premurata di chiarire che questo « si concretizzò [...] in ragione delle peculiarità del caso, ossia di un ferimento verificatosi quando la vittima era ospite della famiglia della giovane fidanzata, in un preciso obbligo di protezione »<sup>40</sup>. Si è assegnata, in questo modo, rilevanza ad un *dovere di ospitalità* ricadente non sul *quibus de populo*, bensì su soggetti che forniscono accoglienza presso la propria abitazione ad un terzo. È poi intervenuta la Quinta Sezione della Cassazione con la c.d. sentenza Vannini-*bis* precisando che « il dovere del *neminem laedere* si concretizzò [...] in ragione delle peculiarità del caso, ossia di un ferimento verificatosi quando la vittima era ospite della famiglia della giovane fidanzata, in un preciso obbligo di protezione [...] [i]n ragione della situazione fattuale creatasi viene in rilievo la configurabilità del requisito della particolare vulnerabilità del bene vita da proteggere e

974

<sup>37</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, 19.7.2021, n. 27905. Ricordiamo, peraltro, che la seconda Corte di Assise di Appello di Roma (Sez. II, 29.10.2020, n. 22) aveva riconosciuto la responsabilità dei familiari ai sensi dell'art. 116 c.p.

<sup>38</sup> Il fatto che la condotta sia connotata da profili misti attivo-omissivi si comprende bene se si considera quanto riportato nella sentenza della Cass. pen., Sez. V, 19.7.2021 cit., par. 7.4 (p. 38). Sul punto cfr. ancora M. SPINA, *Il "caso Vannini". Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, cit.

<sup>39</sup> Anche la Corte di Assise di Appello ha escluso la possibilità di qualificare le condotte degli imputati in un'ottica di omissione di soccorso e di favoreggiamento, fondando l'obbligo giuridico di impedire l'evento sul "principio generalissimo del *neminem laedere*" (cfr. p. 31 della prima sentenza di appello, Corte di Assise di Appello di Roma, Sez. I, 1° marzo 2019 (ud. 29 gennaio 2019), n. 3).

<sup>40</sup> Cass. pen., sez. I, 7.2.2020, n. 9049, par. 19.

dell'indubbia incapacità del titolare dello stesso bene a tutelarsi nella situazione di pericolo determinata dalla precedente condotta colposa » dell'imputato <sup>41</sup>. Da tali frasi si comprende, dunque, che la tentazione di ricorrere all'ingerenza per fondare l'obbligo di garanzia, pur essendo stata forte, non si è evidentemente dimostrata sufficiente per giustificare la presenza di un dovere di garanzia. La Corte ha preferito, infatti, appellarsi a concetti e principi diversi, quali l'assunzione volontaria dei compiti di tutela, il dovere qualificato di ospitalità e il principio del *neminem laedere*, rappresentando questi degli espedienti che, come si è visto, ormai da tempo, *nutrono il diritto vivente* sotto il profilo delle fonti della posizione di garanzia. Dato, questo, che si apprezza in tutta la sua chiarezza e criticità se si considera poi che è la stessa Corte ad ammettere che « il criterio della precedente attività pericolosa si po[ne] in contrasto con il principio di legalità, atteso che a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, l'art. 40 c.p. comma 2 non fa alcun riferimento, né esplicito né implicito, a tale criterio » <sup>42</sup>.

Particolare attenzione viene poi attribuita alla differenza che intercorre tra (i presupposti applicativi del-)l'art. 593 c.p. e (e quelli del-)l'omicidio mediante omissione. Si sostiene, infatti, che la tutela della vita della vittima non poteva non realizzarsi se non tramite la fattiva e tempestiva attivazione degli imputati i quali erano i soli in grado di rendersi conto della gravità della situazione, di allertare i soccorsi, di consentirne l'accesso all'abitazione, ecc. Da ciò ne sarebbe derivata, a cascata, l'impossibilità di applicare l'art. 593 c.p. che presuppone che il soggetto attivo "si imbatta" occasionalmente nell'oggetto del ritrovamento. Si tratta però, di un argomento non condivisibile. L'ipotesi paradigmatica ispiratrice dell'art. 593 c.p. è senz'altro quella del "buon samaritano" che trovandosi di fronte ad un soggetto in stato pericolo assume in automatico il compito di aiutarlo <sup>43</sup>. Questo non esclude, tuttavia, la possibilità di applicare l'articolo *de quo* anche ad altre ipotesi, specie quelle in cui la figura del soccorritore coincide con colui che ha messo in pericolo la vittima. Diversamente opinando, non si riuscirebbe a spiegare l'art. 189, co. 7, d. lgs. 285/1992, C.d.S. e neppure tutta quella giurisprudenza che si esprime in relazione al classico caso del c.d. *hit and*

<sup>41</sup> Cass.pen., sez. V, 19.7.2021, n. 27905, cit., in particolare afferma che « [è] dunque da individuarsi nell'ospitalità offerta a Vannini, nell'abitazione di cui avevano la disponibilità, l'assunzione di una posizione speciale di garanzia da parte dei Ciontoli ». Sul punto si potrebbe, invero, citare C. ROXIN, *Strafrecht, AT*, cit., § 32 nm. 54 secondo cui la semplice convivenza non rappresenta un presupposto utile ai fini dell'instaurazione di una posizione di garanzia nei confronti dei membri del nucleo familiare. Si può, nondimeno, considerare quanto sostenuto in A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., 52.

<sup>42</sup> Cass. pen., sez. V, 19.7.2021, n. 27905, cit., par. 3.3.1.

<sup>43</sup> Sul punto v. F. BASILE, *Note sul dolo nei reati omissivi propri, con particolare riguardo al reato di omissione di soccorso*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2014, 114, (spec. n. 30) in cui sostiene « [l]'inquadramento dell'omissione di soccorso tra i reati omissivi propri a situazione tipica pregnante trova, del resto, piena legittimazione anche in forza della rilevanza e del grado di radicamento nella nostra cultura del *dovere etico-sociale* sotteso dalla norma incriminatrice di tale delitto: il *dovere di solidarietà* ». V. anche G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 170.

**MARIA FEDERICA CARRIERO**

*run* nel senso di ravvisare in colui che omette il soccorso, dopo aver cagionato un incidente, un “garante” che rimane pur sempre responsabile di “omissione di soccorso” (in eventuale concorso con l’omicidio o le lesioni)<sup>44</sup>. In relazione ad ambedue le situazioni, la responsabilità si configura sotto il profilo del fatto tipico in virtù della mera omissione, a prescindere dalla realizzazione dell’evento. Nel caso in cui poi si verifichi la morte, questa viene imputata *ex art.* 593 co. 3 c.p. nell’ottica del delitto aggravato « indifferentemente a titolo di dolo o di colpa »<sup>45</sup>.

Un soggetto che si rende responsabile per un’omissione di soccorso dolosa non può, pertanto, *ex se* dirsi equiparato a colui che realizza un omicidio doloso mediante omissione. A tal fine serve, infatti, un *quid pluris* che palesi la presenza di un intento omicida, tanto sotto il profilo del disvalore (sia d’azione che d’evento), quanto anche sotto quello più strettamente soggettivo<sup>46</sup>.

Il complesso di tali considerazioni ci induce a sostenere che una corretta qualificazione del fatto avrebbe ravvisato, rispetto a Ciontoli, un concorso tra l’omicidio colposo e l’omissione di soccorso *ex art.* 593 c.p. (nella forma semplice e non aggravata per evitare di imputare due volte il medesimo fatto-morte); in relazione, invece, ai familiari l’art. 593 co. 3 c.p. (omissione di soccorso aggravata dall’evento morte)<sup>47</sup>.

976

<sup>44</sup> Invero, la dottrina non è così unanime sul punto. Più precisamente, se in relazione ai casi in cui la prima condotta oggettiva sia connotata da dolo potrebbero non sorgere problemi in quanto la successiva inerzia altro non sarebbe se non una normale prosecuzione dell’*iter criminis*, risolvendosi sovente in un *post factum* non punibile; viceversa, si sono poste questioni nei casi in cui la prima condotta attiva sia connotata da colpa. Rispetto a siffatte ipotesi si contrappongono due tesi. Secondo l’orientamento prevalente l’omissione di soccorso sarebbe comunque configurabile (in questo senso v. F. BASILE, *Su alcune questioni controverse intorno all’omissione di soccorso (art. 593 c.p.). Un reato in cerca d’autore*, in *questa Riv.*, 2013, 643 ss., spec. 678 ss. Quello minoritario, al contrario, lo esclude (così: A. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, Cedam, 1992, 44 s., 63 ss., 72; E. MUSCO, voce *Omissione di soccorso*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, 1994, 562). Per un approfondimento, v. anche F. PIERGALLINI, *Il “caso Ciontoli/Vannini”*, cit.

<sup>45</sup> Così almeno parte considerevole della dottrina. Sul tema, in generale, già MUSCO, voce *Omissione di soccorso*, cit., 567 ss.; si consideri poi *ex multis* F. BASILE, *Criticità e proposte di soluzione de iure condendo in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p.*, in *La riforma dei reati dolosi, e preterintenzionali, contro la vita e l’integrità fisica. Relazioni di accompagnamento alla proposta di articolato formulata dall’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale*, 123 ss., spec. 132. *Contra*: A. PAGLIARO, *Il reato*, in C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (dir. da), *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, 2007, 150.

<sup>46</sup> Per maggiori approfondimenti, v. M. DONINI, *Diritto penale*, cit.

<sup>47</sup> Sul punto v. anche A. GARGANI, *Lo strano caso dell’“azione colposa seguita da omissione dolosa”*, cit.; F. PIERGALLINI, *Il “caso Ciontoli/Vannini”: un enigma ermeneutico ‘multichoice’*, cit.; 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 *SP web*, 13.4.2020.

#### 4.2. Affrontiamo ora un caso ancora più recente <sup>48</sup>.

Esempio 4. I coniugi Carola e Luigi decidono di dar fuoco a due unità abitative di proprietà della prima al fine di lucrare il premio di una polizza assicurativa. Collegano dunque degli esplosivi con due timer a delle bombole di gas che avevano lasciato aperte all'interno delle due abitazioni. Queste avrebbero dovuto innescare la scintilla dello scoppio il giorno successivo alle ore 1.30. Uno dei due timer presentava però, un'ulteriore traccia impostata per lo stesso giorno alle ore 00.00. Si è così verificata una prima esplosione che ha determinato la chiamata, ad opera di un civile, dei vigili del fuoco. Anche i coniugi vengono resi edotti dell'accaduto: decidono tuttavia di non avvertire i vigili della presenza di altro esplosivo presso l'altra abitazione. Proprio nel momento in cui i vigili del fuoco, ignari del pericolo, stavano procedendo ad ispezionare l'unità abitativa principale, ebbe luogo la seconda esplosione. Tale scoppio ha determinato la morte di tre soccorritori.

La Corte d'Assise d'Alessandria, in relazione ad un caso simile, è giunta a sostenere la responsabilità degli imputati a titolo di omicidio omissivo doloso. Nel far ciò ha fatto, ancora una volta, ricorso ad un criterio *misto-cumulativo*, assegnando rilevanza all'originaria *attività pericolosa* dolosa dei coniugi, nonché ad obblighi, derivanti dalla legge, di « protezione nei confronti di ospiti ignari del pericolo cui erano esposti ». Così facendo però, se da un lato ha accolto la tesi secondo cui il criterio del *precedente agire pericoloso* troverebbe un addentellato normativo nell'ambito del codice civile (e in specie nell'art. 2053 c.c.) <sup>49</sup>, realizzando una confusione tra contenuto e oggetto degli obblighi di protezione con quelli di controllo <sup>50</sup>; dall'altro, ha realizzato una sorta di *interpretatio abrogans* dell'art. 586 c.p. Chiariamo.

Concentriamoci, in primo luogo, sulla possibilità di utilizzare l'art. 2053 c.c. quale base per fondare un obbligo di tutela del tipo di quello che si è ravvisato nel caso concreto. La *ratio* di tale disposizione può essere accomunata a quella dell'art. 2050 c.c. che a sua volta pone un obbligo di risarcimento nei riguardi di chi cagiona « un danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa ». In

<sup>48</sup> Sul punto cfr. C. Ass., ud. 8.2.2021, con nota di A. COSTANTINI, *Un caso di omicidio volontario per omissione dolosa "intermedia" tra azione colposa ed evento-morte: brevi note su "ingerenza" e dolo successivo*, in *Cass. pen.*, 2022, 4359 ss.

<sup>49</sup> D'altro canto, alcuni autori hanno ritenuto di poter rintracciare il fondamento giuridico formale del precedente agire pericoloso nell'art. 2050 c.c. che impone l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare danni a terzi nello svolgimento di attività pericolose (cfr.: M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, 2007, 131).

<sup>50</sup> Sul tema per maggiori approfondimenti, *ex multis*, v. G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 133; G. GRASSO, *Il reato omissivo*, 323. Dagli obblighi di controllo discenderebbero dunque obblighi di "sicurezza" e non di "salvataggio". Sul punto v. anche A. COSTANTINI, *Un caso di omicidio volontario per omissione dolosa "intermedia" tra azione colposa ed evento-morte*, cit.

relazione ad ambedue le ipotesi compito del titolare dell'obbligo di risarcimento non è quello di conseguire una concreta *protezione* dei beni giuridici, bensì di realizzare un *controllo* di una *fonte del pericolo*. Pericolo che se in relazione all'art. 2050 c.c. “deriva da” e “coincide con” l'attività svolta la quale, pur inserendosi in un contesto con rischio a base lecito e consentito, rimane pur sempre pericolosa; rispetto, invece, all'art. 2053 c.c. coincide con quello che potrebbe originarsi “dall'edificio o da altra costruzione in rovina”. In ipotesi di questo tipo, la protezione che si realizza nei riguardi dei terzi costituisce quindi non già l'oggetto dell'originario obbligo di tutela, bensì un mero riflesso dello stesso<sup>51</sup>. Ma come si può pretendere l'adempimento di un dovere di tal genere se sono, nel caso che si esamina, gli stessi autori a dare origine al pericolo per la pubblica incolumità? È davvero possibile equiparare — sotto il profilo del fatto (pre)tipico — la condotta dei coniugi a quella del datore di lavoro che opera nel senso di mantenere entro i confini del *rischio consentito* la sua attività<sup>52</sup>?

Nel caso che si sta affrontando il rischio che si genera è fin dalla sua genesi illecito, non consentito e soprattutto volto alla *causazione dolosa* di uno specifico evento di (pericolo di) disastro. Il dato poi che a questo evento se ne aggiungeranno degli altri non incide sulla struttura dell'originario fatto tipico doloso. Gli eventi morte e lesioni non trovano infatti un autentico riscontro sul piano del disvalore d'azione in condotte connotate da un dolo volto ad “uccidere”, bensì da un *dolo di pericolo* (art. 434 c.p.)<sup>53</sup> misto ad uno di tipo *truffaldino* (art. 642 c.p.).

All'originaria condotta attiva che si connota e qualifica anche sotto il profilo del disvalore d'azione in termini dolosi, si innesta poi però un errore nell'esecuzione materiale dell'evento (di pericolo) di disastro. Ciò genererà eventi ulteriori e diversi rispetto a quelli programmati che non dovevano però essere originariamente voluti, pena altrimenti l'applicazione (in forma commissiva e non già omissiva) di fattispecie ben più gravi quali, ad esempio, quelle di strage, omicidi plurimi, ecc.

<sup>51</sup> Ci si limita sul punto a citare ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 283 ss. il quale opera una distinzione a seconda che si abbia una “tutela a tutto tondo” di un determinato bene giuridico, oppure una supervisione di una specifica fonte di pericolo, indipendentemente da quali siano gli interessi giuridici minacciati. In quest'ultimo caso, il dovere di protezione del garante ha come contenuto il “contenimento della concreta fonte di pericolo”; solo secondariamente e come effetto riflesso si (pre)occupa degli interessi giuridici minacciati.

<sup>52</sup> Sul ruolo assunto da parte del datore di lavoro nel sistema di prevenzione dei rischi cfr. a titolo meramente esemplificativo R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino 2020, 22 ss., 30 ss.; D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino 2021, 75 ss., spec. 83 ss.

<sup>53</sup> Sulla differenza tra il dolo di pericolo e il dolo eventuale v. M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 31.

Letto in questo modo il caso sembra piuttosto simile a quello dello spacciatore che fornisce una dose di eroina ad un tossicodipendente che si rileverà poi essere letale. Anche in questa ipotesi ad un'originaria condotta pericolosa connotata da un "dolo di spaccio" segue l'evento morte che si viene poi però, ad imputare nei riguardi del soggetto, seguendo lo schema tipico del delitto aggravato dall'evento e, in specie, di quanto previsto *ex art.* 586 c.p.<sup>54</sup>.

Si potrebbe, nondimeno, obiettare che rispetto al caso che si esamina una soluzione di questo tipo sarebbe prospettabile se gli eventi morte dei vigili del fuoco fossero derivati dalla prima e non già dalla seconda esplosione che si è visto come sia intercorsa a seguito della chiamata nei riguardi dei coniugi. Così, in effetti, pare aver anche ragionato la stessa Corte d'Assise. Nella parte motiva della sentenza si legge infatti « la telefonata ricevuta alle ore 01.01 (che consentì agli imputati di apprendere dell'intervenuta prima esplosione e della presenza sul posto dei soccorritori), combinata con la precedente volontaria creazione della situazione pericolosa e la conoscenza privata ed esclusiva di costoro circa la presenza di altre bombole, rappresenta il momento nel quale il V. e la P., titolari di una corrispondente posizione di garanzia, si sarebbero dovuti attivare per impedire la verificazione della morte dei soccorritori »<sup>55</sup>.

Non si ritiene tuttavia di poter condividere una soluzione di questo tipo. L'art. 586 c.c. non fornisce indicazioni in merito ai tempi di realizzazione delle conseguenze, richiedendo al contrario semplicemente che queste "non siano volute dal colpevole". Sicché, non avrebbe senso operare una separazione temporale tra un "prima" e un "dopo" la chiamata, potendo comunque gli eventi-morte essere ricondotti nell'alveo della definizione di cui all'art. 586 c.p.<sup>56</sup>. Non può, d'altronde, essere un originario intento truffaldino (anche se accertato secondo la logica dell'agire ad ogni costo), come non può essere una

---

<sup>54</sup> Sul punto cfr. G. AMATO, *La morte del tossicodipendente come conseguenza della cessione della sostanza stupefacente*, in *Cass. pen.*, 1993, 2627 ss.; *Cass. pen.*, SS. UU., 29.05.2009 n. 22676 (con nota di A. CARMONA, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le sezioni unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4585 ss.). V. anche *Cass. pen.*, sez. IV, 13.12.2013 (ud. 7.2.2013), n. 50557. Quanto al rapporto tra precedente agire pericoloso e delitti aggravati dall'evento, interessante il punto di vista espresso da M. MANTOVANI, *Prospettive attuali del fare pericoloso precedente*, in *AP web*, 2020, spec. § 5 ss. per il quale *v. infra*.

<sup>55</sup> Cfr. C. Ass., ud. 08.02.2021.

<sup>56</sup> Sul punto, limitandoci a citare i classici lavori in relazione all'art. 586 c.p. v. A. M. STILE, voce *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, 142 ss. secondo cui « sul piano oggettivo occorre che il fatto doloso posto in essere abbia un'efficienza o idoneità causale alla produzione della morte o della lesione che può essere conseguenza sia dell'azione volontariamente aggressiva di un altro bene, sia dell'evento voluto »; V. MILITELLO, voce *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1993, 198 ss., 207.

## MARIA FEDERICA CARRIERO

colpa nell'esecuzione materiale del fatto a "forgiare un precetto"<sup>57</sup>, sulla base della presunzione a monte di obblighi di impedimento che nella realtà si riscontrano a valle valutando la presenza di un *precedente agire pericoloso* in connessione con *comportamenti concludenti*.

Come si è già ripetutamente detto, il tema della posizione di garanzia attiene al piano dei "soggetti" non potendo essere ravvisato *ex post* sulla scorta di un criterio di tipo *causale* sotto il profilo della prova del dolo, e/o *misto-cumulativo* sotto quello invece delle fonti degli obblighi di impedimento. Il richiamo tanto del *precedente agire pericoloso* quanto anche dell'art. 2053 c.c. serve, in questo senso, per fronteggiare un difetto di tipicità (sia oggettiva che soggettiva) che non può però, essere sopperito se non per il tramite della definizione di chiari e precisi doveri di tutela. Questo, quantomeno se si intende rispettare appieno la riserva di legge che vige e governa la materia che si sta analizzando. D'altronde, la causazione di un evento ulteriore e diverso da quello originariamente voluto che si realizza per un errore nell'uso dei mezzi di esecuzione viene imputato, *ex art.* 586 c.p., a titolo colposo-commissivo e non già doloso-omissivo. Il complessivo fatto di reato costituisce, quindi, il frutto di una *causazione mista (dolosa* in relazione agli eventi programmati e voluti e *colposa* rispetto a quelli ulteriori) di un evento che, sotto il profilo naturalistico, si discosta da quello originariamente progettato da parte del soggetto agente, ma che gli si viene comunque ad imputare a titolo di colpa.

L'autore materiale dell'originario fatto doloso non diventa, dunque, per ciò solo un garante del bene vita. A tal fine, sotto il profilo oggettivo è necessario che lo stesso posseda una qualifica che lo (contrad-)distingua dal *quisque de populo*, non potendo questa ricavarci da quella che, in generale, deriva dall'esecuzione materiale di un originario fatto illecito e colpevole. Invece, sotto il profilo soggettivo, si rende necessario ricostruire il fatto assegnando rilevanza, sul piano della tipicità e della prova del dolo, ad aspetti da cui emerga chiaramente l'adesione (/accettazione da parte) degli autori agli (/degli) eventi<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> La paternità di tale espressione va riconosciuta a M. BIANCHI, *Il fatto crea il precetto?*, cit.

<sup>58</sup> A proposito del "dolo" e della "colpa" come differenze modali dell'azione sotto il profilo della tipicità v. *ex multis*, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, 74 ss.; ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, 1991, 33, 286, spec. 344 ss.; ID., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *questa Riv.*, 2013, spec. par. 2 e 9. Si pone, peraltro, il problema di « valutare la variazione impressa dalla presenza del dolo ai criteri di individuazione della condotta tipica nei reati causali » in cui la condotta tipica si determina in funzione dell'elemento soggettivo (così, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 633 n. 180). Come è stato variamente osservato in dottrina, in caso di colpa assume rilievo sul piano della tipicità la prima condotta inosservante delle cautele imposte dalla situazione concreta; viceversa, nel caso di condotta dolosa, occorre considerare l'ultima omissione del comportamento utile ad impedire l'evento poiché sorretta dai necessari requisiti psichici dolosi. Sulla funzione tipizzante del "dolo" e della "colpa" (soprattutto) laddove si abbia a che

Aspetto, questo, che non sembrerebbe esser stato integrato nel caso *de quo*, considerando — così come riportato sempre nella sentenza di primo grado — che i coniugi si erano « premurati di chiudere con una catena ed un lucchetto il cancello di accesso alla cascina proprio per evitare l'altrimenti sicura esposizione a pericolo di terzi »<sup>59</sup>.

Oltre a tali considerazioni, occorrerebbe infine interrogarsi sulla possibilità di avere un'applicazione per così dire estensiva del principio del *nemo tenetur se detegere*. È stata, invero, la stessa Corte d'Assise ad escluderlo sostenendo che questo « non solo ha valenza esclusivamente processuale [...] ma [...] deve per forza cedere il passo di fronte ad altrui diritti assoluti ed indisponibili », quali sono appunto i diritti alla vita e alla incolumità personale dei terzi. A fronte di queste osservazioni occorrerebbe, nondimeno, considerare le sempre maggiori aperture di parte della dottrina che si vede, ad oggi, propensa ad estendere l'applicazione di questo principio in ambito sostanziale<sup>60</sup>. Non potendo ora approfondire tale aspetto, non può sottacersi comunque un dato: tanto qui, quanto anche nel caso Vannini, si attribuisce rilevanza a relazioni di tipo etico qualificate come giuridiche al fine di giustificare la presenza di un obbligo di garanzia.

5. *Il criterio della “precedente attività pericolosa” (gefährdendes Vorverhalten) in Germania.*

981

5.1. Una volta delineato il quadro della giurisprudenza italiana, concentriamoci sulla Germania. Malgrado tale teoria sia — salvo alcune autorevoli voci<sup>61</sup> — comunemente accolta, non mancano comunque dibattiti in ordine ai

---

fare con fattispecie causalmente orientate, v. M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 757-758; ID., *La teoria dell'azione “finalistica” nella più recente dottrina tedesca*, 1967, Giuffrè, 21 ss. V. anche G. MARINUCCI, voce *Crollo di costruzioni*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 420 ss.; e ancora G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 106 ss.

<sup>59</sup> Cfr. C. Ass., ud. 08.2.2021.

<sup>60</sup> Senza pretese di completezza, sul tema cfr. M. ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *questa Riv.*, 1989; D. PULITANO, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *questa Riv.*, 1999, 1272 ss. Più recentemente cfr. D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere: la libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bononia University press, 2012; E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio: riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Giappichelli, 2022; M. MANTOVANI, *Profili attuali del nemo tenetur se detegere in senso sostanziale*, in *Discrimen*, 2021. A livello processuale fondamentali i lavori di V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972.

<sup>61</sup> Neppure nella dottrina tedesca tale teoria è infatti unanimemente accolta. Si pensi, ad esempio, alla c.d. *Antiingerenztheorie* promossa da *Schunemann*; oppure, alla posizione di ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 286. Per una disamina approfondita della dottrina tedesca contro l'*Ingerenz* v. L. HERBERTZ, *Die Ingerenz. Eine Garantenpflicht aus Gefährdungsunrecht*, Duncker & Humblot, 2020, 17, 247 ss., *passim* in cui fa

requisiti da vagliare al fine di poter concepire come rilevante il precedente agire pericoloso per la configurazione di nuove posizioni di garanzia <sup>62</sup>.

5.2. In primo luogo, è necessario comprendere e definire quelle che sono le caratteristiche che connotano la presenza di un precedente agire pericoloso (*Kriterium der Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens*) <sup>63</sup>. Più precisamente, ci si chiede se sia necessario porsi in connessione con una condotta illecita che integri, già di per sé, gli estremi di un reato; oppure, se sia sufficiente che la medesima condotta sia, più semplicemente, connotata dall'antigiuridicità, intesa qui come obiettivo contrasto con qualche dovere giuridico extra-penale <sup>64</sup>. È chiaro poi, che la questione assumerebbe connotati senz'altro più gravi (e meno garantistici) se si ritenesse di poter attribuire rilevanza addirittura anche ai comportamenti leciti <sup>65</sup>. Se si avallasse tale orientamento sarebbe, infatti, sufficiente prendere come punto di riferimento qualsiasi tipo di condotta a condizione che sia capace di assumere le sembianze di un *antecedente causale idoneo*

notare che finché non si definiscono i requisiti del comportamento precedente che dà luogo all'ingerenza, la giurisprudenza rischia di espandere in modo smisurato il ricorso a questo tipo di strumento. Sul punto v. anche C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, cit., § 32 nm. 147. Cfr. inoltre i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali contenuti in T. FISCHER, *Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen*, 68. Aufl., C. H. Beck, 2021, § 13, spec. 106 ss. Per una ricostruzione dei principali percorsi della dottrina tedesca v. anche J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, in *Revista De Derecho*, 1994, spec. 46 ss.; ID., *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, cit., 51 ss.

<sup>62</sup> L. HERBERTZ, *ult. op. cit.*, 32 ss., 75 ss. al fine di rispondere alla domanda concernente i presupposti applicativi del criterio del precedente agire pericoloso fa notare come l'utilizzo della categoria dell'ingerenza abbia subito un arresto in giurisprudenza poiché, con il passare del tempo, si sono ampliati, in via ermeneutica-interpretativa, i requisiti che devono essere rispettati ai fini della sua configurazione. Più precisamente si può sostenere che fino agli anni '60 e '70 qualsiasi tipo di comportamento (anche "*moralische Verfehlungen*") era capace di giustificare un "pericolo" sufficiente alla creazione di nuove posizioni di garanzia secondo l'ottica dell'Ingerenza. Solo in un secondo momento si sono andati progressivamente delineando quelli che sono, poi, divenuti essere i presupposti applicativi di questa teoria.

<sup>63</sup> Così, v. L. HERBERTZ, *ult. op. cit.*, 16.

<sup>64</sup> L. HERBERTZ, *ult. op. cit.*, 71 ss., 85 ss., 99 ss. Più in generale, sul tema v. C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, cit., § 32 nm. 160 ss.

<sup>65</sup> Invero, a grandi linee, possiamo dire che la dottrina tedesca è divisa quando si tratta di specificare quale azione precedente pericolosa genera un dovere di garanzia e quale invece no. Un orientamento (invero minoritario e piuttosto risalente), avallato da parte della giurisprudenza, ritiene che qualsiasi azione precedente pericolosa, a prescindere dal fatto che questa sia anti-giuridica o meno, sia fonte posizione di garanzia. Un'altra parte della dottrina richiede che l'azione precedente sia, oltre che pericolosa, tipicamente anti-giuridica e colpevole. La posizione intermedia ritiene che l'atto pericoloso precedente debba essere, almeno, anti-giuridico. Sul punto v. soprattutto F. DENCKER, *Ingerenz: Die defizitare. Tathandlung*, in *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70*, 1993, spec. 163 ss. in cui sostiene che in Germania la disputa sull'impiego della categoria dell'Ingerenza concerne più i suoi limiti che il suo effettivo utilizzo. Più in generale, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, cit., § 32 nm. 160 ss.; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen*, cit., 106.

a produrre l'evento. Si consideri l'esempio di Luca che colpisce il ladro Maurizio per difendere la moglie da una sua imminente aggressione. Siffatta *azione precedente* può essere concepita come idonea a fondare una posizione di garanzia in capo a Luca, e quindi a renderlo responsabile a titolo di omicidio mediante omissione se questo non interviene poi successivamente per salvare la vita di Maurizio? Parte della dottrina italiana ha, invero, sostenuto che costituisce un dato ormai acquisito il fatto che la condotta debba essere connotata (quantomeno) dalla antigiuridicità<sup>66</sup>. Se ciò è vero in relazione alla Germania e alla Spagna, altrettanto non può dirsi riferimento ai paesi di *common law* in cui si attribuisce rilevanza ad un criterio di tipo meramente oggettivo-causale (v. *infra*).

5.3. Particolare attenzione viene poi serbata nei riguardi del *tipo di rischio* che deve essere attivato da parte del soggetto affinché questo possa dirsi in grado di assumere le vesti di garante. Soprattutto in passato, la giurisprudenza d'Olttralpe riteneva sufficiente fare riferimento ad un qualsiasi tipo di rischio, con conseguente espansione a dismisura delle posizioni di garanzia<sup>67</sup>.

Esempio 5. Un locandiere fornisce delle bevande alcoliche ai suoi clienti. Malgrado la sbronza, questi decidono di non chiamare un taxi, ma di guidare autonomamente per tornare a casa. Non si avvedono della presenza di una donna e di un bambino che stavano attraversando la strada sulle strisce pedonali. Investono entrambi: la donna rimane ferita; il bambino muore sul colpo. (Caso del locandiere - *Gastwirtentscheidungen*).

Esempio 6. Il conducente dell'auto Luigi, mentre percorre una autostrada di notte nel pieno rispetto di tutte le regole in materia di sicurezza stradale, non si avvede della presenza dell'ubriaco Mario che sbuca all'improvviso da un cespuglio, e perciò lo investe. Mario muore sul colpo. (Caso in materia di circolazione stradale - *Straßenverkehr*).

Ebbene, in relazione al primo esempio la condotta del locandiere può essere idonea al fine di imputargli, a titolo omissivo improprio, la morte dei pedoni? E ancora, rispetto al classico caso dell'*hit and run*<sup>68</sup>, Luigi potrà rispondere dell'omicidio di Mario nel caso di mancato soccorso?

<sup>66</sup> Sul punto v. anche I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 106 n. 53; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio.*, cit., 626. Secondo, invece, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 205 il requisito dell'illiceità non sempre è stato condiviso.

<sup>67</sup> Oltre ai casi che verranno a breve esposti, si considerino anche quelli per cui Tizio dopo aver chiuso per sbaglio Caio all'interno di un ripostiglio venga poi ritenuto responsabile, a titolo omissivo, di sequestro di persona; o anche il caso della falsa testimonianza non impedita dal nuovo convivente. Per una rassegna L. HERBERTZ, *ult. op. cit., passim* che cita i seguenti casi: *Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, Betäubungsmittel: Suizid und Sucht*, ecc.

<sup>68</sup> K. AMBOS, *Omission*, cit.

**MARIA FEDERICA CARRIERO**

Avallando la tesi secondo cui sarebbe sufficiente, ai fini della configurazione di una posizione di garanzia per *Ingerenz*, un qualsiasi tipo di condotta, quelle rispettivamente del locandiere e del conducente dell'auto potrebbero essere ritenute penalmente rilevanti in un'ottica omissiva per il mancato impedimento degli eventi. In Germania non si nutrono più però, ad oggi, particolari dubbi né in dottrina, né tantomeno in giurisprudenza: le precedenti condotte pericolose devono attivare un "rischio illecito" che deve poi, a sua volta, trovare autentica corrispondenza nell'evento che si viene a materializzare *ex post*<sup>69</sup>. In quest'ultima direzione si consideri il seguente caso sempre in materia di circolazione stradale.

Esempio 7. L'automobilista Gioele investe Luca per il superamento dei limiti di velocità. Luca a causa dello scontro cade in un burrone; sopravviene poi il ladro Gabriele che prende il portafoglio di Luca.

Il precedente agire pericoloso di Gioele può essere ritenuto idoneo a fondare una posizione di garanzia avendo riguardo tanto al bene giuridico della *vita*, quanto a quello del *patrimonio*? Se si risponde positivamente a questa domanda, Gioele potrebbe essere considerato responsabile oltre che del "mancato soccorso" (che in Germania, anziché rilevare come reato proprio *ex § 323c StGB*, potrebbe assumere rilievo alla luce del combinato disposto da §§ 212 comma 1, 211, 13 *StGB*), anche del mancato impedimento del reato di furto. Una corretta applicazione del criterio del "nesso di rischio" richiede però, una specifica corrispondenza tra il rischio attivato *ex ante* e quello che si è concretizzato *ex post*<sup>70</sup>.

5.4. Il concetto di rischio viene posto in luce anche al fine di delimitare e connotare in positivo il "tipo" di condotte capaci di creare di nuove posizioni di garanzia. Parte della dottrina tedesca ritiene infatti che il precedente agire pericoloso assuma rilevanza a condizione che tale comportamento determini un aumento del rischio per il bene giuridico protetto<sup>71</sup>. L'impiego di tale tesi è stato, invero, proposto come risposta ad altre dottrine che sempre nell'ottica di (de)limitare la latitudine applicativa dell'ingerenza, hanno tentato di fare ricorso ad altri espedienti quali, ad esempio, quello dell'adeguatezza, della prossimità al

<sup>69</sup> Sul punto occorre riprendere M. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *questa Riv.*, 2022, 25 ss.

<sup>70</sup> C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, cit., § 32 nm. 159 ss., 172 s.

<sup>71</sup> Il medesimo criterio è, d'altronde, comunemente indicato dalla dottrina tedesca come essenziale anche per il sorgere di obblighi di garanzia da "contratto" o dalla "assunzione unilaterale dei compiti di prevenzione". Tale posizione pare essere avallata anche dalla dottrina italiana. Sul punto v. G. GRASSO, *Il reato*, cit., 266; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, PG, Zanichelli, 2022. Per una critica v. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 107

danno del pericolo, ecc.<sup>72</sup>. Questi ultimi criteri ci conducono, in effetti, a realizzare un'ulteriore riflessione.

Sempre sul piano oggettivo bisogna comprendere quanto deve essere *prossima* all'evento la precedente condotta pericolosa. Più nel dettaglio, occorre chiedersi se questa deve essere tale da integrare gli estremi di un *pericolo astratto* o *concreto* per il bene giuridico; oppure se sia, al contrario, sufficiente richiamare una sua *presunta e generica* idoneità a produrre l'evento. È chiaro, infatti, che se si avallasse quest'ultimo orientamento, la conseguenza sarebbe quella di poter ascrivere, nei riguardi di un soggetto, eventi per il solo fatto che questo abbia posto in essere una condotta pericolosa (*recte*: rischiosa); ciò, a prescindere dalla reale incidenza della stessa sul decorso fattuale attivato<sup>73</sup>. L'effetto sarebbe duplice: da un lato si avrebbe un "regresso all'infinito", per cui qualsiasi tipo di comportamento, anche il più remoto, sarebbe penalmente rilevante; dall'altro, si avrebbe una surrettizia trasformazione di fattispecie commissive colpose (connotate da eventi lesivi) in reati di pericolo *presunto*, oltre che la conversione di condotte commissive in omissive.

5.5. Sotto il profilo soggettivo, occorre, infine, chiedersi se sia sufficiente un atteggiamento che denoti una prevedibilità rispetto all'evento o se ciò non sia necessario, per cui sarebbe sufficiente un mero nesso tra evento e previo comportamento pericoloso.

Invero, la dottrina tedesca è piuttosto concorde nel richiedere la "prevedibilità" dell'evento; pena, altrimenti, la riemersione di forme di responsabilità di tipo oggettivo, con buona pace per il principio di colpevolezza: l'evento deve quindi essere uno sviluppo logicamente prevedibile (oltre che materialmente collegabile) del precedente agire pericoloso.

Non è sempre stato così, invece, nella giurisprudenza tedesca<sup>74</sup>. Nella pratica la questione è emersa nel ben noto caso sul "*Lederspray*" deciso dal BGH negli anni novanta e pluri-citato in materia di responsabilità da pro-

<sup>72</sup> Per una ricostruzione v. C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, cit., § 32 nm. 159 ss.

<sup>73</sup> Invero, dottrina e giurisprudenza tedesche hanno espresso la necessità di richiedere un pericolo quantomeno "concreto". Sul punto v. HERBERTZ, *ult. op. cit.*, 75 ss., 273 ss. che ravvisa la necessità di fare ricorso alla teoria della adeguatezza o della causa prossima all'evento ai fini della delimitazione, in negativo, delle condotte che possono essere concepite come idonee a produrre nuove posizioni di garanzia nell'ottica dell'*Ingerenz*. La medesima Autrice fa inoltre notare che tanto meno un'azione è socialmente accettata e quanto più si traduce in pericoli attuali (piuttosto che latenti), tanto più è probabile che questa venga concepita come un comportamento precedente idoneo a fondare una responsabilità per ingerenza. In Italia v. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 107. V. inoltre A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 626.

<sup>74</sup> Sul tema ancora HERBERTZ, *ult. op. cit.*, *passim*.

dotto<sup>75</sup>. Qui il problema non fu tanto che vennero distribuiti prodotti dannosi per la salute, quanto piuttosto che una volta resasi nota la dannosità degli stessi la merce non fu poi ritirata dal mercato<sup>76</sup>. Ebbene, al netto delle considerazioni che si sono svolte tanto sul piano del “tipo” di condotta (attiva o omissiva), quanto su quello della concreta possibilità/dovere di intervento *ex post* da parte dell’azienda, ciò che ci interessa evidenziare è che il BGH, appellandosi al criterio dell’*Ingerenz*, abbia individuato in una precedente condotta attiva (distribuzione della merce dannosa) la fonte della posizione di garanzia. Non solo: si è, altresì, precisato come fosse sufficiente avere un “precedente atto”, non essendo al contrario necessario verificare, sul piano soggettivo, che il medesimo comportamento fosse colpevole e che quindi l’evento fosse prevedibile da parte degli imputati<sup>77</sup>.

6. *L’esperienza spagnola: un tentativo (fallito?) di positivizzazione del criterio dell’injerencia.*

6.1. Si è visto come nel caso Vannini sia stata la stessa Corte di Cassazione a sostenere l’impossibilità di riferirsi al criterio del precedente agire pericoloso, atteso che « a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, l’art. 40 c.p. comma 2 non fa alcun riferimento, né esplicito né implicito, a tale criterio ». È giunto allora il momento di analizzare le soluzioni adottate in Paesi che, a differenza appunto dell’Italia, hanno deciso di positivizzare il criterio del precedente agire pericoloso.

6.2. Ebbene, la Spagna all’interno dell’art. 11 c.p.s. prevede tra le ipotesi che originano un obbligo di garanzia anche quella del soggetto che crea « l’occasione di un pericolo per il bene giuridico protetto mediante un’azione o

<sup>75</sup> *Lederspray* (BGH 6.07.1990, in *JR*, 1992, 28 ss., con commento di Puppe). Per una ricostruzione in generale del tema della responsabilità da prodotto a livello dottrinale cfr. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen*, cit., § 13, 112; v. anche F. DENCKER, *Ingerenz: Die defizitare. Tathandlung*, cit., 164.

<sup>76</sup> Si è, in particolare, ritenuto che sussistesse in capo al titolare dell’azienda un obbligo di ritirare dalla circolazione i prodotti per la salute umana (c.d. *Rückrufpflicht*). Sul punto, v. A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio.*, cit., 628 e le citazioni ivi riportate (spec. n. 166). In generale sul c.d. *Rückrufpflicht* v. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, cit., spec. 274 s. Per la dottrina interna, *ex multis*, v. PIERGALLINI, *La responsabilità del produttore: avamposto o Sackgasse del diritto penale?*, in *questa Riv.*, 1996, 358 e ss. Avendo riguardo ai profili causali v. K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 70 ss., *passim*.

<sup>77</sup> Si è sostenuto che « colui che ha creato una situazione di pericolo per i terzi con un comportamento precedente [...] è obbligato a scongiurare la verificazione del danno che ne può derivare [...] Il fatto che le indagini chimico-tossicologiche non avessero ancora fornito certezze sulla causa effettiva dei casi di danno segnalati, ovvero non avessero portato alla scoperta della sostanza che aveva causato il danno » non giustificava un’esonazione di responsabilità ».

un'omissione precedente»<sup>78</sup>. Fin dall'introduzione di questo articolo si sono profilati una serie di problemi che sono stati, tuttavia, quantomeno in parte, risolti dalla giurisprudenza la quale è intervenuta perimetrando in negativo l'impiego della clausola di cui appunto all'art. 11 c.p.s. co. 1 lett. b) sulla scorta delle indicazioni fornite da parte della dottrina<sup>79</sup>.

Alla luce di tali riletture si può sostenere che l'art. 11 c.p.s. ad oggi costituisca una disposizione senz'altro chiave, ma che per adempiere correttamente al suo compito di delimitare il catalogo dei soggetti garanti deve essere letta in combinato con una serie di principi e di disposizioni<sup>80</sup>.

Interpretazioni eccessivamente formali e oggettive-causali sono state in particolare scongiurate facendo ricorso a tre essenziali espedienti. Si è in primo luogo sostenuto che la lett. b) dell'art. 11 c.p.s. non può essere intesa quale monade a sé stante, come se di fatto trasponesse la concezione formale limitandosi a prevedere quelle che sono le ipotesi in cui sorge in automatico un obbligo di garanzia<sup>81</sup>. Essa deve, al contrario, necessariamente combinarsi con quanto

<sup>78</sup> Sul tema v. J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Injerencia y omisión en derecho penal*, Valencia, 2006; D. M. LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación*, in *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 2017. Più in generale, sul reato omissivo, v. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión: concepto y sistema*, Montevideo, B de F, 2006.

<sup>79</sup> Sui requisiti richiesti dalla giurisprudenza v. E. DEMETRIO CRESPO, *El tipo omissivo*, in I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dir.), *Lecciones y material para el estudio del derecho penal*, II, *Teoría del delito*, iustel, 2011, 175. I rischi che si sono prospettati originariamente erano quelli che si avallasse la visione ritenuta tradizionale in Germania almeno fino al XIX secolo, ma che secondo J. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, cit., 47 sarebbe ad oggi criticabile per il suo eccessivo formalismo.

<sup>80</sup> Articolo, quest'ultimo, che se fosse stato inteso al netto di quanto previsto in quello successivo avrebbe consentito di punire solo forme *omissive pure* e non anche *commissive tramite omissione*. Invero, originariamente parte della dottrina si era dimostrata restia ad estendere la possibilità di punire condotte omissive al di fuori delle ipotesi tassativamente previste da parte del legislatore. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale v. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal*, cit., 58 ss., il quale cita J. CÓRDOBA RODA, *Tratado de Derecho penal*, II, Barcelona, 1962, 296 ss.

<sup>81</sup> Sul punto chiare le parole di J. SILVA SÁNCHEZ, *Artículo 11*, in *Comentarios al Código Penal* (dir. COBO DEL ROSAL), Tomo I, Madrid, 1999, 460-461, (riprese da TOMÁS S. VIVES ANTÓN ET ALL. (a cura di), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Valencia, 2017, 133) secondo cui « [l]a prima questione interpretativa riguarda il primo paragrafo dell'articolo 11. Si tratta di stabilire se la "violazione di un dovere giuridico speciale" implichi, di per sé, l'equivalenza ai sensi del testo della norma, o se, al contrario, siano necessari due giudizi: uno incentrato sulla violazione del dovere speciale e il secondo, aggiuntivo, sul piano concreto dell'equivalenza [...]. A mio avviso, [...] si deve accogliere questa seconda opzione ». In questo senso, si esprime la dottrina maggioritaria (cfr. ad es. D. M. LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión*, cit., 178). Vi sono, d'altronde, molti casi di *omisiones de garante* che sono solo omissioni di maggiore gravità. Si pensi, ad esempio, all'art. 195.3 c.p.s. (v. *infra*), o all'art. 189.6 c.p.s. Nella medesima direzione cfr. ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 283 ss.

## MARIA FEDERICA CARRIERO

previsto nell'ambito del comma 1 in cui si esplicita la necessità di avere a che fare con reati *de resultado* ai fini del rispetto della clausola di equivalenza<sup>82</sup>. Rileva poi il richiamo all'art. 5 c.p.s. (secondo cui « *[n]o hay pena sin dolo o imprudencia* ») che nella sostanza prevede che una condotta, affinché possa essere ritenuta penalmente rilevante, necessita di un atteggiamento connotato quantomeno da *imprudencia*. Non sarebbe, in questo senso, possibile accollare un evento per il solo fatto che il soggetto abbia integrato gli estremi di un suo antecedente causale. Oltre a ciò, seguendo la scia segnata dalla dottrina tedesca, parte della letteratura spagnola si è premurata di specificare che « la sola condotta precedente pericolosa non è sufficiente al fine di giustificare una posizione di garanzia. [...] [si] richiede che, in un modo o nell'altro, si verifichi una creazione o un aumento del rischio attribuibile all'autore del reato »<sup>83</sup>. Sicché, malgrado il generico riferimento contenuto nell'art. 11 c.p.s. ad una

<sup>82</sup> La parte iniziale dell'art. 11 prevede infatti che « *[l]os delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación* ». Sul punto cfr. M. CORCOY BIDASOLO, S. MIR PUIG, *Comentarios al código penal, Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, 54; E. DEMETRIO CRESPO, *El tipo omisivo*, cit., 2011, 172. L'inserimento dell'art. 11 c.p.s. nella parte generale consente in via di principio di proiettarlo su un numero indeterminato di reati alla sola condizione che siano « *de resultado* ». La dottrina tende, tuttavia, a precisare che i reati per i quali è apprezzata la realizzazione nella forma anche omissiva sono essenzialmente quelli posti a tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone. Sensibili aperture in senso opposto si sono però, registrate in giurisprudenza in cui si è riconosciuta la possibilità di estendere la disciplina *de qua* in relazione ad altre fattispecie. Cfr. L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, 2005, Madrid, 88. Non si possono poi, non considerare le aperture che si sono avute rispetto alle ipotesi di concorso omissivo nel reato commesso da altri, laddove l'apporto di uno dei concorrenti si sia ridotto ad un mero « *acto de vigilancia y refuerzo de la acción* ». Sul punto cfr., a titolo meramente esemplificativo, STS 1478/01 citato da SÁNCHEZ MELGAR, *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Madrid, 2004, 96; C. TOMÁS VALIENTE LANUZA, *Artículo 11*, in M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al código penal*, Valladolid, 2011, 91.

<sup>83</sup> Così, S. MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, 3a ed., 2006, Barcelona, 324 che fornisce l'esempio dell'automobilista che nonostante la guida diligente investe una persona che intende suicidarsi e poi scappa. « Si tenga presente » — chiarisce l'Autore — « che, anche se la morte sarà avvenuta in conseguenza dell'omissione di soccorso [...], l'incidente non è imputabile a titolo di dolo o di colpa, e la successiva fuga volontaria non può rendere dolosa la causazione positiva [...] della morte che ne è seguita: si tratta di un caso di *dolus subsequens*, sempre irrilevante in quanto successivo alla condotta positiva ». Tale distinzione conduce il Giurista a distinguere due ipotesi: « se il difetto di illiceità deriva dal fatto che il comportamento precedente sia derivato dall'intervento di un'altra persona (es. il soggetto che ha agito per legittima difesa e non ha aiutato l'aggressore una volta ferito) o da una situazione di necessità [...] o se, pur esercitando la dovuta diligenza, il pericolo sorge fortuitamente, si può negare una posizione di garanzia, poiché in questi casi il soggetto attivo « si trova » in una situazione di pericolo imprevista [...] La soluzione può essere diversa quando la mancanza di illiceità dell'atto precedente non impedisce che esso sia deliberatamente voluto. Sebbene sia lecito, in questo caso il soggetto attivo causa il pericolo consapevolmente e senza essere costretto a farlo ».

“*acción u omisión precedente*”<sup>84</sup> rimane comunque la necessità di accertare l’attivazione di un *riesgo no consentito* da parte del soggetto agente. Criterio, questo, che secondo taluni conduce all’ulteriore esigenza di verificare che la condotta precedente sia oltre che *intrinsecamente pericolosa*, anche *antigiuridica*<sup>85</sup>.

6.3. A queste considerazioni d’ordine generale se ne sono poi aggiunte delle altre che si sono rese necessarie da fare soprattutto a causa di taluni problemi di coordinamento tra l’art. 11 c.p.s. lett. b) e l’art. 195 c.p.s. che a sua volta punisce l’omissione di soccorso aggravata, al co. 3, dal fatto che l’incidente sia stato « *ocasionado fortuitamente* » o tramite « *imprudencia* » da colui che si rende poi responsabile della successiva fuga<sup>86</sup>. Dalla lettura combinata di tali disposizioni si comprende come i casi di più difficile inquadramento siano proprio quelli in cui la causazione di un pericolo derivi da una condotta connotata da colpa (*imprudencia*): in ipotesi di questo tipo, la successiva condotta omissiva assume connotazioni più gravi rispetto a quelle che avrebbe la condotta della persona che si “imbatte” nel pericolo; ma non così gravi come quella della persona che ha “volontariamente” creato il pericolo<sup>87</sup>. Si tratta, dunque, di ipotesi di confine capaci di integrare gli estremi tanto dell’art. 195 co. 3 c.p.s., quanto anche di altre fattispecie di parte speciale che, essendo causalmente orientate, sono idonee ad essere convertite, in ragione della clausola di equivalenza di cui al co. 1 lett. b) dell’art. 11 c.p.s., in reati omissivi impropri.

Proprio la necessità di armonizzare l’art. 11 co. 1 lett. b) con quanto previsto nell’ambito dell’art. 195 c.p.s. ha portato parte della dottrina a sostenere che l’art. 11 co. 1 lett. b) c.p.s. possa applicarsi solo ai casi in cui il precedente agire

<sup>84</sup> Sul punto S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., 327.

<sup>85</sup> Sul punto cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, cit., per cui « *los hechos justificados que ponen en peligro bien jurídicos no constituyen situaciones de peligro típicas a los efectos de la apreciación de una omisión penal* »; D. M. LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión*, cit., secondo cui « la legittima difesa non solo non costituisce un atto illecito, ma non produce un disvalore imputabile al soggetto agente [...] non è [dunque] ragionevole che il difensore assuma un dovere speciale di garantire l’integrità dell’aggressore »; S. HUERTA TOSILDO, *Injerencia y artículo 489 bis, 3 CP*, in *ADPCP*, 1985, 37 ss., spec. 40 ss. in cui ricostruisce anche le varie posizioni assunte in Germania sul punto.

<sup>86</sup> Sui rapporti tra art. 11 c.p.s. e art. 195 co. 3 c.p.s. cfr. C. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Á. JUDEL PRIETO, J. R. PIÑOL RODRÍGUEZ, *Derecho penal, Parte general*, Madrid Civitas, 2020, 174; D. M. LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión*, cit., 145 ss., spec. 192 ss. il quale, da una lettura *a contrario* dell’art. 195 co. 3, esclude che possano essere oggetto di conversione *ex art. 11 c.p.s.* i casi per i quali l’incidente sia stato causato *fortuitamente* dal soggetto agente.

<sup>87</sup> Così, S. MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, cit., 327 secondo cui la soluzione più ragionevole sarebbe quella di prevedere una sanzione di gravità intermedia; non così severa come quella disposta in riferimento alle fattispecie commissive mediante omissione, ma più severa di quella prevista per i reati di pura omissione.

**MARIA FEDERICA CARRIERO**

sia doloso, e non già colposo<sup>88</sup>. A differenza, infatti, dell'art. 195 c.p.s., l'art. 11 c.p.s. non fornisce alcun tipo di chiarimento in merito all'elemento soggettivo, limitandosi a chiedere « *una acción u omisión precedente* ».

Tale opinione non è però unanime in letteratura: un altro orientamento sostiene che la differenza tra l'art. 195.3 c.p.s. e l'art. 11 co. 1 lett. b) « *más depende del nivel de competencia del sujeto en la gestión de ese peligro generado* »<sup>89</sup>. Si assegna quindi rilevanza al fatto che l'autore del precedente agire pericoloso sia in grado di incidere sull'evento governando il suo concreto decorso<sup>90</sup>, con la conseguenza di applicare l'art. 11 c.p.s. anche in relazione alle ipotesi in cui le precedenti condotte pericolose siano connotate da colpa e non già solo da dolo.

6.4. Uno sguardo più attento alla giurisprudenza rivela, d'altro canto, che le ipotesi in cui si fa ricorso al criterio della precedente attività pericolosa sono piuttosto simili.

Esempio 8. Luca, dopo aver ripetutamente colpito la moglie obesa, diabetica e affetta da vari problemi vascolari e da arteriosclerosi, la lascia per terra,

990

<sup>88</sup> Così, S. MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, cit., 326 che sostiene « sono propenso a pensare che i casi [...] essendo diversi, debbano essere trattati in modo diverso. Il trattamento più severo della commissione per omissione dovrebbe essere riservato al caso in cui il rischio sia imputabile alla volontà cosciente del soggetto. La causalità involontaria è già contemplata nella sottospecie aggravata dell'omissione di soccorso (pura) di cui all'art. 195.3 PC »; TOMÁS S. VIVES ANTÓN, *Comentarios al código penal de 1995*, Valencia, 1996, 88. Ulteriori riferimenti dottrinali sono previsti in C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Artículo 11*, in M. GÓMEZ TOMILLO (dir. da), *Comentarios al código penal*, 2011, 94 ss. Sul punto v. anche F. MORALES PRATS, *Artículo 11*, in G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS (dir.), *Comentarios al código penal, Parte general*, 2009, spec. 126.

<sup>89</sup> Cfr. F. MORALES PRATS, *Artículo 11*, in G. Quintero Olivares, F. Morales Prats (dir.), *Comentarios al código penal, Parte general*, 2009, spec. 126 il quale attribuisce rilevanza ad un criterio « *de competencia del sujeto en la gestión de ese peligro generado* ». In termini simili v. anche C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Artículo 11*, cit.; M. CORCOY BIDASOLO, S. MIR PUIG (diretto da), *Comentarios al Código penal*, cit., 54 che nel differenziare quanto previsto nell'ambito dell'art. 195.3 dall'art. 11 c.p.s. sostiene che i casi di avventata o fortuita causalità sono meno gravi rispetto a quelle in cui il rischio viene cagionato con dolo. Quasi unanime è invece l'orientamento secondo cui bisognerebbe escludere dal novero delle ipotesi rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 11 c.p.s. quelle in cui l'incidente sia stato « *ocasionado fortuitamente* ».

<sup>90</sup> C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Artículo 11*, cit. secondo cui il tentativo di armonizzare l'art. 195 con l'art. 11 c.p.s. non deve portare alla conclusione di differenziare a seconda dell'elemento soggettivo. Per cui, se l'omissione successiva alla precedente azione pericolosa non incide sul rischio creato si potrà applicare l'art. 195.3 (es. vittima che verrà soccorsa da un'altra persona, evento finale che non sarebbe stato comunque evitabile tramite l'azione salvifica del garante); viceversa, nelle ipotesi in cui la precedente azione pericolosa generi un rischio che avrebbe potuto essere tenuto sotto controllo, si potranno ritenere integrati gli estremi del reato commissivo mediante omissione.

non preoccupandosi di chiamare i soccorsi; questa morirà il giorno successivo a seguito di diverse ore di sofferenza <sup>91</sup>.

In un caso simile il *Tribunal Supremo*, nel tentare di chiarire i presupposti integranti l'art. 11 c.p.s., ha specificato che un soggetto, affinché possa definirsi garante deve aver creato un rischio per il bene giuridico protetto mediante un « precedente comportamento attivo o omissivo doloso ». È la medesima Corte, tuttavia, a specificare che l'imputato ha agito « *sin querer causar muerte, y sin representarse la posibilidad de que muriera* ». Si comprende, allora, come l'esempio in questione possa, nel nostro ordinamento, essere letto e qualificato come un caso di omicidio preterintenzionale <sup>92</sup> e non certo come un'ipotesi di omicidio doloso mediante omissione, difettando a monte un intento di uccidere che poi viene recuperato a valle in virtù della concreta verifica dell'evento <sup>93</sup>.

Si consideri, ancora, il caso affrontato dal *Tribunal Superior de Justicia de Asturias* (TSJ) <sup>94</sup> in cui un uomo è stato condannato a titolo di omicidio doloso omissivo per aver accoltellato la compagna affetta da disabilità, non preoccupandosi di chiamare i soccorsi; questa morirà poco dopo. In questa ipotesi, a differenza della precedente, nella parte motiva della sentenza si assegna esplicita rilevanza oltre che al rapporto di convivenza tra le parti, anche alla precedente condotta pericolosa del soggetto attivo <sup>95</sup> che però — a differenza dell'altro caso — sarebbe qualificata dalla presenza di un dolo eventuale. È opportuno quindi chiedersi se il richiamo alla posizione di garanzia non sia in questo caso superfluo, potendo probabilmente il fatto assumere rilevanza in forma commissiva e non già omissiva.

Sempre seguendo l'orientamento volto ad assegnare rilevanza alle precedenti condotte pericolose a condizione che queste siano dolose, diversa soluzione meriterebbe il caso dell'incidente cagionato con colpa cui segue un'omis-

<sup>91</sup> STS 1186/1999, 19-7.

<sup>92</sup> Si consideri peraltro come in Spagna non sia ad oggi prevista e disciplinata la figura dell'omicidio preterintenzionale all'interno del codice, ma che essa costituisce una fattispecie di derivazione dottrinale e giurisprudenziale. La giurisprudenza tende infatti ad applicare la disciplina del *concurso ideal* tra lesioni dolose e omicidio colposo ai sensi dell'art. 77 c.p.s. Per una ricostruzione v., a titolo meramente esemplificativo, A. SERRANO GÓMEZ, A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal: parte especial*, Dykinson, Madrid, 2006, 35; E. RAMÓN RIBAS, *El homicidio preterintencional*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2010, 135 ss.; S. MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, cit., 301 s.

<sup>93</sup> La possibilità di assegnare rilevanza al fatto in termini omissivi impropri potrebbe tutt'al più derivare dal rapporto di coniugio che conduce ad un obbligo di protezione tra i coniugi.

<sup>94</sup> STSJ Asturias 13/2020, 22-6.

<sup>95</sup> Si sostiene in specie che « è evidente che ci troviamo nel caso previsto dalla lettera b) dell'art. 11 c.p., avendo egli stesso creato la situazione di rischio per il diritto tutelato [...] E non è ammissibile sostenere, come fa la difesa, che questo pericoloso precedente atto del ricorrente odierno “non sia stato doloso e neppure temerario”, qualificandolo come fortuito, posto che i fatti accertati rivelano un atto doloso, almeno eventuale o con intento indiretto »

## MARIA FEDERICA CARRIERO

sione di soccorso. Sul tema, infatti, a fronte dell'orientamento dottrinale che anche in questi casi ritiene applicabile l'art. 11 co. 1 lett. b) <sup>96</sup>, si colloca l'opinione dominante secondo cui « la persona che ha causato la situazione di pericolo e non presta assistenza alla vittima non possa essere condannata per il reato di omicidio [...] quando muore [...] ma per il reato di omissione aggravata di soccorso » in eventuale concorso con l'omicidio colposo <sup>97</sup>.

6.5. Come già accennato, però, la tesi secondo cui il *distinguo* tra l'art. 11 lett. b) e l'art. 195 c.p. dovrebbe ravvisarsi nell'elemento soggettivo non è unanimemente sostenuta. Altra parte della dottrina, ad esempio, sostiene che l'*actuación precedente peligrosa dolosa* non possa dar luogo ad un'ipotesi di ingerenza poiché l'iniziale atto intenzionale pericoloso sarebbe sufficiente ai fini dell'integrazione di un reato commissivo doloso. Questo, salvo però il caso in cui l'originario agire pericoloso doloso non sia in grado di assorbire il disvalore della successiva condotta omissiva dolosa: si fa evidentemente riferimento a tutti quei casi che si sono già analizzati e che integrerebbero, nel nostro ordinamento, le fattispecie di cui agli artt. 584 e 586 c.p. <sup>98</sup>.

Non solo. Secondo un altro orientamento il criterio dell'azione precedente può essere utilizzato anche in relazione al caso del soggetto che dimenticandosi il fuoco acceso in un bosco, cagiona un incendio, rendendosi in questa maniera responsabile dello stesso a titolo omissivo <sup>99</sup>. Esempio, questo, che conduce evidentemente ad assegnare rilevanza ad una condotta omissiva, laddove sa-

992

<sup>96</sup> D. M. LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión*, cit., 193 ss. V. anche S. MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, cit., 324 ss.

<sup>97</sup> COSÌ, L. GRACIA MARTIN, *Los delitos de comisión por omisión*, in R. D. P y C., 2001, nt. 264 (testo ripreso da TOMÁS S. VIVES ANTÓN ET ALL. (a cura di), *Acción significativa*, cit., 138) il quale realizza una distinzione tra due tipi di posizioni di garanzia, quelle generali e quelle speciali. Ancora più lucido, J. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, cit., 49 che già nel 1993 sosteneva che « [v]i sono, infatti, casi in cui pur ricadendo sul soggetto un dovere qualificato e specifico di evitare un risultato, la sua omissione — ovviamente più grave dell'omissione di un qualunque cittadino comune — non è esattamente equivalente, sul piano strutturale e normativo-materiale, alla produzione del risultato attraverso una condotta attiva [...] propongo una soluzione tripartita: in primo luogo, esistono generali doveri di evitare il risultato, la cui violazione darebbe luogo a reati di pura omissione; in secondo luogo, vi sono doveri giuridici qualificati [...] la cui violazione darebbe luogo a reati di omissione aggravati [...]; vi sarebbero, infine, casi in cui il soggetto non solo ha un dovere legale qualificato di evitare il risultato, ma accade anche che la sua omissione, cioè la violazione di tale dovere, mostri una chiara identità, sia strutturalmente che nell'ambito normativo, con la commissione del reato. Questi ultimi, e solo questi, sono i casi di "commissione per omissione" ». V. anche DOPICO, *Injerencia y omisión en derecho penal*, cit., 241.

<sup>98</sup> D. M. LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión*, cit., 193 ss.

<sup>99</sup> G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Artículo 11*, in G. RODRIGUEZ MOURULLO, A. JORGE BARREIRO (dir. da), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, S.A., 57 ss. Anche in riferimento a questo esempio ci si potrebbe chiedere se sia davvero necessario ricorrere al criterio della precedente attività pericolosa per giustificare la presenza di una imputazione di tipo omissivo.

rebbe probabilmente sufficiente riferirsi a quella attiva. O si consideri, infine, l'ipotesi di chi lascia incautamente un'arma carica alla portata di un soggetto che la usa per suicidarsi o per uccidere un terzo<sup>100</sup>. Caso che chiaramente interferisce (presupponendo un richiamo, in un'ottica garantista, dei) con principi di autoresponsabilità e di affidamento<sup>101</sup>.

6.6. Giunti a questo punto, prima di tirare le somme sulla soluzione offerta dall'ordinamento spagnolo, poche battute in relazione a quello anglosassone.

7. *Il duty arising from creation of a dangerous situation nell'esperienza anglosassone.*

7.1. In tema di reato omissivo improprio, al fine di rispondere alla domanda "perché proprio a me?" ("why pick on me?")<sup>102</sup> dottrina e giurisprudenza anglosassoni hanno realizzato un catalogo di *general duties* in grado di condurre a specifici obblighi/doveri di tutela. Tra questi non si possono non menzionare: (i) le obbligazioni familiari; (ii) le obbligazioni contratte volontariamente; (iii) le obbligazioni civili; (iv) gli obblighi derivanti da (forme di)

<sup>100</sup> D. M. LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión*, cit., 193 ss.

<sup>101</sup> Non ci soffermiamo su questi principi data l'ampiezza delle tematiche. Per una panoramica cfr. in Italia, *ex multis*: O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, 2003; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit.; L. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento*, cit. In Germania, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 32 nm. 112-23, 125-126.

<sup>102</sup> Così, Lord Hoffman, in *Stoving v Wise* [1996] AC923, 943-44. Invero, nel citare questo caso A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., 41 attribuisce rilevanza a tre criteri utili ai fini dell'identificazione di uno specifico obbligo di tutela, ovverosia: (i) *the principle of urgency*; (ii) *the priority of Life*; (iii) *the principles of opportunity and capacity*. In un'ottica generale si può sostenere che uno dei principali problemi con cui si interfaccia il sistema inglese concerne la possibilità di far rientrare nell'alveo del significato di taluni verbi condotte non solo commissive, ma anche omissive. Famosa, sul tema, la critica di WILLIAM, *Letter to the editor*, in *Criminal review*, 773, 1982 secondo cui « *the court should not create liability for omissions without statutory authority* ». In senso contrario si esprime tuttavia tutta quella giurisprudenza che amplia sempre di più il significato di taluni verbi contenuti in vari *statutes* o anche in *precedents* di matrice giurisprudenziale. Ciò determina la conseguenza di estendere a dismisura il catalogo di fattispecie rilevanti sotto un profilo anche omissivo, malgrado una *strict interpretation* del testo della *rule* propenderebbe in senso diverso. Si vedano ad esempio i casi *Shama* (1990, 2 All ER 602) in materia di falso; il caso *Firth* (1990, 91 Cr App R 217) in ambito medico. In ambedue le ipotesi si sono riconosciute forme di responsabilità a titolo omissivo, rileggendo il significato di taluni verbi, quali "obstruct", "falsity" e "deceive". Si nutrono invece ancora delle resistenze in relazione ai reati di *battery* e di *assault*. Da tali esempi emerge, comunque, che contrariamente a quanto sostiene parte della dottrina, non si possa realmente realizzare una distinzione a seconda che si abbia a che fare con *fatal/non-fatal offences*. Per maggiori approfondimenti v. D. ORMEROD, K. LAIRD, *Smith, Hogan, Ormerod's Criminal law*, Oxford, 2022, 49 ss., 60; M. J. ALLEN, *Textbook on criminal law*, cit., 28; W. WILSON, *Criminal law*, Pearson, 2020, 86 ss.

responsabilità personale <sup>103</sup>. Nell'ambito di quest'ultima si fanno rientrare anche i casi di *duties arising from creation of a dangerous situation*. Al fine di comprendere quali sono gli ambiti di applicazione di questa categoria non si possono non considerare due casi che ad oggi costituiscono i *precedents* più rilevanti in tema di ingerenza.

Esempio 9. Un vagabondo ubriaco si introduce di notte abusivamente all'interno di un appartamento disabitato. Si sdraia su un materasso e si accende una sigaretta; così si addormenta. Si sveglia improvvisamente rendendosi conto che il materasso va a fuoco a causa della sigaretta rimasta accesa. Anziché però, preoccuparsi di domare le fiamme, decide semplicemente di spostarsi in un'altra camera.

Tale esempio riproduce il ben noto caso *J. Miller* che ha visto scontrarsi la c.d. dottrina del “*continuous act*” con quella del “*duty to avert danger*” <sup>104</sup>, e dove il vagabondo venne condannato per incendio doloso nonostante la difesa contestasse l'assenza di un *actus reus* coincidente con la *mens rea* <sup>105</sup>.

Oltre a questo esempio non si può non citare il caso *Evans*. Qui una tossicodipendente è morta per *overdose* dopo aver fatto uso di eroina fornitale dalla sorellastra maggiore la quale, pur rendendosi conto delle condizioni della prima, decise di non chiamare i soccorsi « *because [she] feared that [she] would get into trouble* » <sup>106</sup>. La sorella è stata condannata a titolo di “*manslaughter by gross negligence*”. Si comprende, allora, come nell'ipotesi in questione nono-

994

<sup>103</sup> A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., 42 ss.

<sup>104</sup> Si consideri in questo senso la differente prospettiva promossa da Lord Diplock (secondo cui « [i] see no rational ground for excluding from conduct capable of giving rise to criminal liability, conduct which consists of failing to take measures that lie within one's power to counteract a danger that one has oneself created, if at the time of such conduct one's state of mind is such as constitutes a necessary ingredient of the offence ») rispetto a quanto sostenuto dalla *Court of Appeal* che ha assegnato rilevanza alla dottrina del c.d. “*continuous act*” secondo cui « *unintentional act followed by an intentional omission to rectify that act can be regarded in toto as an intentional act; creates a duty to rectify the situation* ».

<sup>105</sup> *R. v Miller* [1983] 2 AC 161. Molti in dottrina (es. D. ORMEROD, K. LAIRD, *Smith, Hogan, Ormerod's Criminal law*, cit., 55; W. WILSON, *Criminal law*, Longman, 1998, 85) sostengono che la *ratio decidendi* di *Miller* rimane incerta e flessibile. Interessante il fatto che nell'ambito della sentenza si parli a proposito di una “*responsability*” e non tanto di “*duty*”; si tratta infatti di un termine che evoca l'idea di imputazione. In un caso simile in America (*Commonwealth v. Cali* (1923) 141 N.E. 510) si è sostenuto che « *the whole of the appellant's conduct in relation to the mattress from the moment he lay on it with a lighted cigarette until the time he left it smoldering and moved to the adjoining room, can and should be regarded as one act* ».

<sup>106</sup> *R v Evans (Gemma)* [2009] EWCA Crim 650. Nel caso *de quo* si sono poste due fondamentali questioni: la prima concernente l'identificazione del dovere fondante l'obbligo di intervento/impedimento; la seconda riguardava invece la prova circa il nesso di causalità. Tralasciando quest'ultimo aspetto, in relazione al primo si è stabilita la presenza di un “*duty*” non in virtù del fatto che la prima avesse fornito la droga alla seconda, né alla luce del rapporto di parentela sussistente tra le due parti, e neppure infine perché ambedue erano coinvolte in un'attività pericolosa. La Corte si è al contrario concentrata sul momento a partire dal quale sarebbe sorto il dovere di intervento in capo alla *Evans*. Sicché, come sostenuto in D.

stante la *Court of Appeal* abbia assegnato rilevanza al precedente atto pericoloso rappresentato dalla previa fornitura dell'eroina nei riguardi della sorella, non abbia poi attribuito altrettanta importanza all'*atto intermedio volontario* della sorellastra di (auto-)soministrarsi l'eroina. Tale azione intermedia dovrebbe, in effetti, essere di per sé idonea ad "interrompere" la catena che parte dal precedente agire pericoloso e prosegue fino alla morte della sorellastra, rendendo di fatto inapplicabile il principio espresso in *Miller*<sup>107</sup>.

7.2. Tali esempi portati all'estremo ci fanno, ad ogni modo, comprendere come uno dei principali problemi dei teorici di *common law* sia dato dalla concezione dominante per cui si ritiene che sia sufficiente che la condotta assuma rilevanza su un piano meramente oggettivo-causale. Non assume in questo senso alcun tipo di rilievo il profilo dell'*antigiuridicità*<sup>108</sup>, né tantomeno quello relativo al(-la competenza del) tipo di *rischio* (lecito o illecito) attivato. Si assegna tutt'al più importanza al criterio soggettivo della *prevedibilità*, richiedendo la *conoscenza* o l'*intenzione* di provocare il pericolo<sup>109</sup>, oltre che a quello della *prossimità/idoneità* dell'antecedente rispetto all'evento<sup>110</sup>. Requisiti, que-

---

ORMEROD, K. LAIRD, *Smith, Hogan, Ormerod's Criminal law*, cit., 55 « *the Court held that the duty arises when D realizes or ought to have realized the danger* ». In senso parzialmente critico, v. G. WILLIAMS, D. BAKER, *Treatise of criminal law*, LexisNexis, Uk Worldwide, 2021, 381, § 9.21. Da tale seppur breve ricostruzione emerge come nel caso Evans si sia nella sostanza estesa la regola (*recte: ratio decidendi*) prevista nell'ambito del caso Miller, in quanto ai fini della condanna a titolo di omicidio si è richiesto un mero contributo "alla creazione di uno stato di cose" (Così, K. AMBOS, *Omissioni*, cit., 19 ss.).

<sup>107</sup> Chiaro, sul punto, A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., 53 ss. secondo cui « *the question is whether the owner's 'but-for' causal responsibility, in terms of providing the opportunity for the eventual crime, ought to be sufficient to impose a positive obligation even though there is an intervening voluntary act* ».

<sup>108</sup> La questione viene affrontata seppur velocemente da G. WILLIAMS, D. BAKER, *Treatise of criminal law*, cit., 380, § 9.20 in cui si fa l'esempio della legittima difesa.

<sup>109</sup> Questo emerge chiaramente proprio nel caso Miller in cui si sostiene che « *the accused is guilty [...] if, when he does become aware that the events in question have happened as a result of his own act, he does not try to prevent or reduce the risk of damage by his own act* ». V. inoltre J. C. SMITH, *Liability for omissions in the Criminal Law*, in *Legal Studies*, 14, 1984, 94-5 secondo cui può assumere rilevanza « *any act antailing a dangerous sequence of events suffices, so long as there is an offence "capable of being committed by omission" and the ommitter possessed the required fault element of the respective crime* » (testo ripreso da K. AMBOS, *Omission*, cit., 37). È chiaro comunque che la teoria promossa da Miller comporti la necessità di attribuire rilevanza alla precedente azione pericolosa solo allorquando « *the act causing the result is done without the relevant fault at that time* » (così D. ORMEROD, K. LAIRD, *Smith, Hogan, Ormerod's Criminal law*, cit., 55-56); sul punto v. anche *Wings Ltd v Ellis [1985] 1 AC 272*.

<sup>110</sup> In verità bisognerebbe anche comprendere/definire se la mera idoneità sia sufficiente ai fini anche del riconoscimento di un nesso di causalità sotto il profilo della *causalità prossimallegale*. In relazione, ad esempio, al caso Miller — e volendo riprendere le parole di W. WILSON, *Criminal law*, cit., 85 — bisognerebbe chiedersi "the vagrant's conduct was the legal cause of the fire?"; *quid iuris* nel caso in cui l'incendio fosse stato causato da un cortocircuito

sti, che non sono però sufficienti ai fini della configurazione di un obbligo/dovere di garanzia.

Si pensi, ad esempio, al caso di Giorgio che pur essendo consapevole che Cesare ha litigato con la compagna, gli fornisce ugualmente un coltellino che quest'ultimo utilizza per uccidere la prima. Oppure, a quello di Antonio che malgrado sia conscio della guida inesperta di Giuseppe gli presta ugualmente la sua automobile con cui poi quest'ultimo farà un incidente dove troverà la morte un bambino <sup>111</sup>. In siffatte ipotesi, possono considerarsi responsabili degli omicidi Giorgio e Antonio?

Se ci si attendesse ad un criterio di tipo oggettivo-causale la risposta sarebbe positiva: ambedue le condotte costituiscono degli antecedenti causali prossimi all'evento, senza le quali quest'ultimo non si sarebbe verificato. La situazione non cambia neppure se si considera il profilo soggettivo: sia Antonio che Giorgio erano consapevoli rispettivamente della guida inesperta di Giuseppe e del litigio intercorso tra Cesare e la compagna; entrambi gli eventi erano, quindi, prevedibili ed evitabili <sup>112</sup>.

Per evitare risultati di questo tipo si pone la necessità di valutare il profilo oggettivo, verificando se la precedente condotta oltre ad essere pericolosa, fosse anche anti-giuridica e avesse attivato un rischio illecito/non consentito di esclusiva competenza del soggetto responsabile della "precedente attività pericolosa". Non basta, dunque, ancora una volta, una qualche forma di prevedibilità, come non basta una generica idoneità del precedente comportamento, se tali criteri non vengono poi accompagnati da altri che attengono al profilo strettamente oggettivo dell'imputazione dello specifico fatto nei riguardi del suo autore <sup>113</sup>.

996

## 8. Conclusioni.

8.1. Da un'analisi più attenta delle ultime vicende giurisprudenziali italiane si possono trarre una serie di conclusioni. Si è visto come costituisca un

---

azionato da parte del medesimo vagabondo che si era limitato ad accendere una luce? Il rispetto del profilo della causalità fattuale (*factual causation*) è di per sé sufficiente ai fini dell'imputazione giuridica (*legal causation*) dell'evento?

<sup>111</sup> Sul punto K. AMBOS, *Omission*, cit., 38 in cui, in riferimento a casi simili, specifica che un soggetto non può essere ritenuto responsabile per un rischio creato da « *the subsequent acts of fully autonomous agents* »; nell'affermare ciò fa ricorso alla teoria dell'imputazione oggettiva che conduce a sostenere che « *the autonomous acts of third persons are supervening event which fully set aside [the] initial causal responsibility* ». Sul punto cfr. anche C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, cit., § 32, nn. 112-23, 125-6.

<sup>112</sup> In relazione a casi simili cfr. quanto sostenuto in A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, cit., 55.

<sup>113</sup> Cfr. M. DONINI, L. RAMPONI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera et al., Giappichelli, IV ed., 2012, 327-330; poi in M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., spec. 19 ss., 41 ss., 93 ss. e in fine in ID., *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, cit., *passim*.

dato ormai assodato quello secondo cui tra le fonti delle posizioni di garanzia possano ricomprendersi anche l'“assunzione unilaterale dei compiti di tutela” e il “contatto sociale”. Il ricorso a tali espedienti, tuttavia, se da un lato pone al riparo la giurisprudenza da critiche sul piano formale, in quanto nella sostanza si ripropone lo schema “contrattuale di fatto” a copertura dell'esistenza di neo-posizioni di garanzia, dall'altro orienta verso un sentiero colmo di insidie da cui si deve necessariamente tornare indietro.

Tali preoccupazioni si comprendono bene se si esamina la vicenda che ha interessato la famiglia Ciontoli. L'esito processuale sarebbe stato, infatti, quasi sicuramente diverso se non vi fosse stata la precedente condotta pericolosa colposa realizzata da parte del padre. Ciò nondimeno, si è visto come sul piano motivazionale i giudici di merito prima, e la Suprema Corte poi, abbiano preferito ricorrere ad un *criterio misto-cumulativo*, assegnando rilevanza dapprima al principio del *neminem laedere* qualificato sotto il profilo del dovere di ospitalità, e poi anche al criterio dell'assunzione unilaterale del dovere di tutela. Ciò evidentemente, al fine di arginare il rischio di ricorrere in maniera esplicita al criterio dell'ingerenza.

Discorso in parte simile può svolgersi in relazione al caso dei due coniugi. Qui, invero, la tecnica impiegata dalla Corte d'Assise è ancora più sofisticata. Anche in questo caso la Corte, per evitare di ricorrere in maniera esplicita ed esclusiva al criterio della precedente attività pericolosa, ha preferito forzare il dato normativo operando un richiamo all'art. 2053 c.c. È del tutto chiaro però, come il cuore della decisione continui ad essere la *precedente condotta attiva dolosa* dei coniugi caratterizzata dalla presenza di un errore nell'esecuzione materiale dell'evento. Non si spiegherebbe altrimenti l'importanza che si attribuisce, sul piano della ricostruzione storico-fattuale degli eventi, alla chiamata nei riguardi dei coniugi: tracciando un “prima” e un “dopo” tale evento, la Corte non fa altro che riproporre lo schema che generalmente si utilizza negli ordinamenti in cui la teoria dell'ingerenza costituisce *ius receptum* sotto il profilo delle fonti delle posizioni di garanzia.

Tali considerazioni non fanno altro che confermare le preoccupazioni che si sono espresse all'inizio dello scritto, e cioè che il “germe” della teoria dell'*Ingerenz* si stia progressivamente diffondendo a macchia d'olio nel tessuto giurisprudenziale penalistico italiano, assumendo vesti a geometrie che variano in base alle specifiche esigenze (giustizialiste e politico-criminali) del caso concreto.

Invero, come si è già accennato, al fine di porre un freno a situazioni del tipo di quelle che si sono analizzate si ritiene che l'antidoto migliore sia tanto chiaro quanto estremo e consiste nel recuperare le istanze di garanzia che erano state poste alla base del movimento sostenuto, nei primi anni duemila, dalla commissione presieduta dal professore Carlo Federico Grosso. Si tratta di una soluzione

senz'altro ambiziosa ma che si ritiene comunque necessaria in quanto volta a realizzare il rispetto di una serie di principi cardine del diritto penale, primo fra tutti quello della riserva di legge.

8.2. I recenti approdi giurisprudenziali rischiano, peraltro, di porsi in contrasto con le più moderne acquisizioni provenienti dalla dottrina straniera in tema di ingerenza. Si è fatto cenno, infatti, ai correttivi cui tale teoria è stata sottoposta al fine di fondare nuove posizioni di garanzia. Tra questi si può senz'altro ricordare la necessità di verificare se il precedente agire sia oltre che *pericoloso*, anche *antigiuridico* e *prossimo* ad un evento *prevedibile*. Un discorso a parte meriterebbe poi, il profilo dell'accertamento del nesso di rischio, per cui occorrerebbe verificare se l'evento concretizzato *ex post* costituisca la materializzazione del rischio attivato *ex ante* da parte del soggetto garante (postumo) del bene. Condizioni e limiti, questi, che se si giustificasse la creazione di nuove posizioni di garanzia in virtù del richiamo ai criteri dell'"assunzione unilaterale dei compiti" e/o il "contatto sociale" non sarebbero necessari da rispettare, rimanendo nei fatti assorbiti entro la formula secondo cui la fonte convenzionale dell'obbligo di garanzia include non soltanto i contratti tipici, ma anche eventuali atti (negoziali) atipici.

998

8.3. È pur vero, d'altro canto, che a voler esaminare i casi che si sono esposti tramite la "lente dell'ingerenza", si tratta senz'altro di ipotesi capaci di integrare i requisiti generalmente richiesti negli ambienti stranieri per fondare la presenza di nuove posizioni di garanzia in virtù di precedenti condotte pericolose. Infatti, sia la condotta del Ciontoli che quella dei due coniugi costituiscono comportamenti antigiuridici in relazione ai quali gli eventi morte (rispettivamente di Marco e dei vigili del fuoco) erano oltre che prevedibili, anche prossimi alle precedenti azioni pericolose.

Rimane, a questo punto, la necessità di capire se sia o meno praticabile la soluzione di ritenere sussistente un obbligo/dovere di garanzia in virtù della sola applicazione dell'ingerenza, a prescindere del richiamo a criteri di tipo suppletivo (quali, appunto, contatto sociale, violazione del principio del *neminem laedere*, assunzione unilaterale dei compiti di tutela, ecc.).

Ebbene, una volta scartata la tesi secondo cui tale teoria sarebbe applicabile a prescindere da una sua preventiva positivizzazione (in quanto si porrebbe in palese contrasto con il principio di riserva di legge), concentriamoci sulla possibilità di "tipicizzare" il criterio *de quo*. Anche in questo caso però, non è possibile adottare facili importazioni giuridiche.

L'esperienza spagnola (e anche in parte quella anglosassone) ci fa comprendere come neppure tale strada sia, quantomeno allo stato attuale, praticabile nel nostro ordinamento. Permane, infatti, sullo sfondo una sostanziale

incompatibilità tra le soluzioni offerte dalla Spagna con alcune disposizioni previste all'interno del nostro ordinamento. Più nello specifico, l'orientamento che assegna rilevanza alle *precedenti condotte pericolose* a condizione che queste siano dolose, si è visto che oltre a produrre disfunzioni sotto il profilo soggettivo, realizza un'*interpretatio abrogans* degli artt. 584 e 586 c.p.<sup>114</sup>

Punire, ad esempio, un soggetto a titolo di *omicidio omissivo doloso* e non già di *omicidio preterintenzionale* ex art. 584 c.p. conduce a ritenere sussistente in capo al soggetto che agisce con l'intento di ledere un determinato bene giuridico (*sic*: « chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582 ») un obbligo di tutela del medesimo bene, in palese contrasto con il *principio di non contraddizione*, oltre che in parte con quanto previsto nell'art. 56 co. 4 c.p. La conseguenza sarebbe pertanto quella di equiparare situazioni eterogenee che, al contrario, necessiterebbero di essere tenute ben distinte sotto il profilo tanto (tipico-)fattuale, quanto anche sanzionatorio. Solo i primi casi presuppongono chiari e definiti obblighi di tutela cui devono corrispondere altrettanto (pre-)definiti poteri/doveri di impedimento. I secondi richiedono, invece, la verifica, sul piano del fatto tipico, di eventi ulteriori e diversi rispetto a quelli originariamente voluti che si verranno poi ad imputare a titolo di colpa.

Le disfunzioni sotto il profilo dell'elemento soggettivo si comprendono, in realtà, ancora meglio se si considerano i casi di “morte o lesione come conseguenza di altro delitto doloso” (art. 586 c.p.). Imputare un evento che si viene a configurare *ex post* sulla scorta del fatto che questo trovi un mero antecedente causale della precedente attività pericolosa, significa trasformare *fattispecie commissive dolose con rischio a base illecito* in *fattispecie omissive*, presupponendo l'esistenza di un obbligo di impedimento in realtà inesistente. Si incide, in questo modo, sul piano della tipicità (sia oggettiva che soggettiva), oltre che sull'oggetto del dolo, aggiungendo elementi ulteriori in grado di connotare la

<sup>114</sup> Più in generale, sul rapporto tra delitti aggravati dell'evento e precedente agire pericoloso cfr. M. MANTOVANI, *Prospettive attuali del fare pericoloso precedente*, in *AP web*, 2020, spec. § 5 ss. il quale in relazione ai primi affronta « il problema del criterio di imputazione dell'evento ulteriore derivante dal delitto doloso di base » per il quale « [a]l di là del non esaustivo richiamo alla prevedibilità dell'evento non voluto, manca l'edificabilità di una regola cautelare che consenta di verificarne l'evitabilità [...] [è] proprio in questo stadio che ci sembrano manifestarsi i punti di contatto fra la tematica dei delitti aggravati dall'evento e quella del fare pericoloso precedente. Se è vero che ai delitti dolosi di base di cui agli artt. 424, comma 1, 427, comma 1 e 431, comma 1, c.p. è immanente il pericolo della produzione degli eventi indicati, rispettivamente, dagli artt. 424, comma 2, 427, comma 2, e 431, comma 2, c.p., ciò significa, *ex adverso*, che i fatti tipizzati dai primi costituiscono altrettanti fatti pericolosi rispetto alla verifica dei secondi. Di qui la loro attitudine, secondo le linee argomentative sopra sviluppate, a fondare obblighi di impedimento del loro verificarsi riportabili nella cornice dell'art. 40, cpv., c.p. ». Da tale lavoro emergere, dunque, una ricostruzione alternativa (e improntata appunto sull'*Ingerenz*) della colpa in attività illecita e dei delitti aggravati dall'evento.

presenza un fatto diverso da quello originariamente voluto e, nondimeno, ugualmente imputato al soggetto che si rende, a quel punto, responsabile di un evento da lui non impedito nonostante difettesse un obbligo giuridico di agire in tale senso.

La situazione non cambia, poi, neppure se si decide di avallare la tesi che assegna rilevanza a tutte le precedenti azioni, a prescindere del fatto che queste siano dolose o colpose. In riferimento a queste ultime il rischio che si produce è, infatti, quello di attribuire rilievo ad ipotesi di *dolus subsequens*.

8.4. *Last but not least*. Si è visto che gli ordinamenti che riconoscono la possibilità di ricorrere al precedente agire pericoloso lo fanno in relazione a condotte che possono definirsi *complesse*, in quanto si sviluppano nel tempo palesando la presenza di profili sia commissivi, che omissivi.

È noto, tuttavia, come l'orientamento ad oggi per lo più accolto in Italia in merito alla distinzione tra condotte attive e omissive faccia proprio leva sulla introduzione di un "nuovo fattore di rischio" che, in assenza della condotta (a questo punto attiva), non si sarebbe avuto. È opportuno, allora, chiedersi fino a che punto si possa avallare un orientamento del tipo di quello che si esamina, che presuppone la configurazione di condotte omissive in relazione a situazioni in cui però un soggetto genera, tramite la sua "ingerenza", maggiori rischi di quelli che si sarebbero avuti in assenza della sua azione. L'effetto dunque (probabilmente ancora più grave) è quello di trasformare condotte "commissive" in condotte "ommissive" (con dolo presunto), con tutte le conseguenze che da ciò ne derivano avendo riguardo tanto al piano probatorio, quanto a quello sanzionatorio.

8.5. Il complesso di tali argomentazioni ci induce, in definitiva, a ritenere del tutto impraticabile la strada che pretende di assegnare, sul piano della parte generale, rilevanza al criterio dell'ingerenza per fondare la presenza di nuovi soggetti garanti. E questo, in effetti, a prescindere dalla possibilità di realizzare una previa positivizzazione di tale criterio, che imporrebbe di ridefinire, in nome del criterio dell'ingerenza, alcune categorie di parte speciale in tema di delitti aggravati dall'evento (es. artt. 584 e 586 c.p.), ma anche interi istituti di parte generale (es. artt. 40 cpv., 43, 56 co. 4 c.p.). Tutto ciò, peraltro, a discapito di principi cardine del nostro ordinamento (artt. 25 e 27 Cost.) con cui tale teoria potrebbe entrare in conflitto, legittimando la presenza di "garanti *omnibus*" e trasformando in omissivi reati commissivi in virtù della mera creazione di un nuovo rischio illecito.