

ATTUALITÀ

MICHELE SPINA

Il “caso Vannini”. Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia.

Il saggio, traendo spunto da un recente caso giudiziario, analizza due temi: l'astratta configurabilità di una posizione di garanzia nella situazione descritta dall'art. 593, comma 2, c.p. e il criterio distintivo tra azione e omissione nell'ambito del c.d. “impedimento dell'altrui opera soccorritrice”.

The Vannini case. Brief notes on action, omission and guarantee obligations

This paper, taking a cue from a recent court case, analyzes two topics: the abstract configurability of a position of guarantee in the situation described by article 593, par. 2, Italian Criminal Code and the distinctive criterion between action and omission in the context of the so-called “double prevention”.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il fatto. - 3 Inquadramento preliminare delle questioni giuridiche controverse. - 4. La posizione di garanzia nella sentenza della Cassazione - 5. Alternative ricostruttive - 5.1 La posizione analogica estratta dal rapporto di parentela di fatto - 5.2 La posizione materiale discendente dal rapporto di ospitalità-convivenza - 5.3 L'assunzione volontaria tra struttura unilaterale e bilaterale-5.4 La posizione di garanzia individuale: la custodia dell'arma e la precedente attività pericolosa - 6. Azione vs omissione: l'ibrido della c.d. “interruzione del decorso causale salvifico” - 6.1 (Segue) Le potenzialità repressive della fattispecie plurisoggettiva eventuale - 7. Conclusioni.

1. *Premessa.* Tra i fatti di cronaca nera degli ultimi anni, il caso in epigrafe spicca per l'ampiezza delle questioni giuridiche sollevate, le quali meriterebbero ciascuna una trattazione autonoma, tanto sono complesse e importanti.

Il presente contributo ne analizza due: l'astratta configurabilità di una posizione di garanzia nella situazione descritta dall'art. 593, comma 2, c.p. e il criterio distintivo tra azione ed omissione nell'ambito del c.d. «impedimento dell'altrui opera soccorritrice»¹.

Pur nello spessore teorico delle questioni prescelte, non si è però voluto rompere il legame con il fatto e con l'inquadramento che di esso è stato offerto nel corso della vicenda processuale. In particolare, costituirà un filo conduttore

¹ In merito alla posizione di garanzia si rinvia *statim* alle quattro fondamentali opere monografiche di SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999. Frequenti, inoltre, i riferimenti in letteratura ai saggi di GIUNTA, *La posizione di garanzia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 5, p. 620 s., e F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984; ID, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce del principio di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337. Per una sintesi dei diversi orientamenti, v. BOIDO, *Le posizioni di garanzia*, in *Commentario al codice penale. Il reato*, RONCO (a cura di), Bologna, 2011, 273 s. Quanto all'«impedimento dell'altrui opera soccorritrice», v. *infra* § 6.

dell'indagine il dialogo costante con l'esegesi operata dalla Corte di Cassazione², che si apprezza, a differenza delle motivazioni rese sul punto dalle pronunce di merito³, per una certa conclusività (v. *infra* § 3).

2. *Il fatto*. Il fatto è notorio e non pretende sforzi descrittivi particolari. Un giovane ventenne rimane ferito da un colpo d'arma da fuoco in casa della sua fidanzata. A sparare, inavvertitamente, è il padre di lei, all'esito di uno scherzo. Il proiettile ha trafitto il giovane in corrispondenza del terzo medio del braccio destro⁴, percorrendo una parabola sfortunata: dalla spalla al polmone, sino al cuore, senza fuoriuscire⁵. Il ragazzo è ancora vivo, ma nessuno dei presenti in casa - quasi tutti appartenenti al nucleo familiare della fidanzata - telefona al pronto soccorso: se non in un secondo momento, per avvisare che un uomo sta male. Vengono anche riferite false informazioni in ordine alle cause del malessere, tanto al telefono quanto all'arrivo sul posto degli operatori sanitari. I quali, ignorando la decisiva circostanza, trasportano il paziente presso il più vicino presidio di pronto intervento (P.I.T.), non riuscendo a ricostruire la reale dinamica dell'accaduto.

È già tardi allorché i medici della struttura, dopo ulteriori incomprensibili indugi, apprendono dal responsabile la verità. Si avvia un disperato elitransporto in ospedale ma il ritardo accumulato, a fronte dell'entità delle lesioni, provoca il decesso del giovane.

3. *Inquadramento preliminare delle questioni giuridiche controverse*. Come

² Cass. pen., Sez. I, 7 febbraio 2020 (dep. 6 marzo 2020), P.M. e altri, n. 9049 (d'ora in poi sentenza di legittimità) con nota di FRAGASSO, *La Cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio mediante omissione e omissione aggravata dall'evento morte in un noto caso di cronaca*, in *Sist. Pen.*, 23 aprile 2020.

³ Corte di Assise di Roma, 18 aprile 2018 (dep. 13 giugno 2018), n. 11, reperibile online al sito <http://antonio-ciontoli-il-processo.com> (d'ora in poi sentenza di primo grado); Corte di Assise di Appello di Roma, Sez. I, 29 gennaio 2019, (dep. 1° marzo 2019), n. 3, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 4 (d'ora in poi sentenza di secondo grado).

⁴ Cfr. p. 2 sentenza di primo grado, in particolare la descrizione del C.T. nominato dal P.M., che attesta una lesione con «caratteristiche proprie di foro di ingresso di un colpo d'arma da fuoco, con orletto ecchimotico escoriato di forma grossolanamente ovolare, delle dimensioni di circa 1,09 cm».

⁵ *Ibidem*, p. 2, in ordine al tramite intrasomatico del proiettile: «(...) penetrato a livello della citata lesione del braccio destro, era passato posteriormente all'omero ed era entrato direttamente nella cavità toracica, perforando inizialmente la pleura e il polmone di destra, quindi il pericardio e l'atrio di destra, la parte superiore del setto interventricolare e fuoriuscendo, poi, dalla parete anterolaterale del ventricolo di sinistra. Infine, aveva perforato la terza costola di sinistra e si era fermato nel corrispondente sottocutaneo».

non manca di osservare la Cassazione⁶, la tragica vicenda può essere scomposta in due diverse fasi.

Nella *prima fase* si colloca lo sparo colposo che attivò il decorso causale letale, cioè l'azione commissiva colposa idonea ad uccidere, imputabile al solo autore del ferimento.

Nella *seconda fase*, invece, si inscrivono le condotte concorsuali successive, sia omissive che attive, le quali ostacolarono l'efficace soccorso del ferito determinandone la morte.

I temi rilevanti in punto di qualificazione giuridica attengono unicamente alla *seconda fase*. Ci si chiede:

a) se il complesso delle condotte tenute debba ricevere, nella valutazione normativa, la qualifica di "omissione" (*i.e.* azione "omissiva") ovvero di "azione" (*i.e.* azione "commissiva");

b) se, nel caso si opti per l'"omissione" (*i.e.* azione "omissiva"), sia configurabile una posizione di garanzia, con correlato obbligo impeditivo *ex art.* 40 cpv. c.p., oppure se tale omissione possa al più integrare gli estremi della fattispecie dell'omissione di soccorso (se del caso aggravata ai sensi dell'art. 593, comma 3, c.p.);

c) se, affermata la ricorrenza di una posizione di garanzia e del correlato obbligo impeditivo *ex art.* 40 cpv. c.p., la morte della vittima sia stata voluta, a titolo di dolo eventuale, dai garanti individuati, con conseguente responsabilità per omicidio volontario mediante omissione (artt. 40, comma 2, e 575 c.p.).

Le tre questioni - a) azione/omissione; b) posizione di garanzia; c) dolo eventuale - si presentano interconnesse.

La configurabilità della posizione di garanzia (b) rileva infatti soltanto laddove la prima alternativa si sciogla nel senso dell'"omissione" (a), perché in caso di "azione" l'evento letale può essere addebitato sulla base del mero nesso eziologico: chi cagiona la morte di un uomo a mezzo di una condotta attiva risponde di omicidio a prescindere dalla circostanza che abbia o meno assunto la veste di garante.

Parimenti, la questione relativa al dolo eventuale (c) rileva unicamente affermando l'esistenza della posizione di garanzia (b). In difetto di una valida posizione di garanzia, infatti, l'inazione causativa del decesso integra al più la fattispecie di omissione di soccorso (art. 593 c.p.)⁷, nell'ambito della quale l'evento

⁶ cfr. § 3 sentenza di legittimità.

⁷ E ciò vale anche - v. sul punto FRAGASSO, *La Cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio*

morte costituisce una aggravante (comma 3) che, secondo principi generali, può essere indifferentemente voluta o non (art. 59, comma 2, c.p.)⁸.

Se ne ricava che le due questioni concernenti l'omissione e la posizione di garanzia assumono rilievo pregiudiziale rispetto al tema del dolo eventuale⁹.

Sul versante del dilemma azione-omissione, invece, si deve prendere atto di una ulteriore circostanza: tutte le sentenze che si sono occupate del caso non dubitano del fatto che l'insieme dei contegni secondari, successivi al ferimento del giovane, integrò una «omissione». La Cassazione la identifica in particolare nella «omissione di una tempestiva sollecitazione di utili soccorsi»¹⁰. L'alternativa commissiva, del resto, non è mai affiorata nel processo, apparendo intuitiva la consistenza omissiva dei comportamenti suddetti.

Si può quindi rinviare l'approfondimento della questione ad un secondo momento (v. *infra* § 6), assegnando ora precedenza al tema della posizione di garanzia (v. *infra* § 5).

Non senza, però, aver prima illustrato la tesi sostenuta al riguardo dalla Corte

mediante omissione e omissione aggravata dall'evento morte in un noto caso di cronaca, in *Sist. Pen.*, 23 aprile 2020 - in relazione all'autore dello sparo. Il dolo, infatti, per principio generale deve abbracciare l'intero fatto tipico: se si tratta di omicidio, deve abbracciare l'azione e l'evento. Rileva dunque il solo dolo concomitante, che consiste nella volontà che sostiene l'azione e persiste fino alla verificazione dell'evento. Non è dolo autentico la volontà che abbraccia l'evento, ma non la condotta (c.d. dolo susseguente); o, viceversa, la volontà che abbraccia la condotta, ma non l'evento (c.d. dolo antecedente). In tali casi, il fatto - nella sua interezza - è colposo: l'azione o rispettivamente l'evento, non sono stati oggetto di proiezione volontaristica. Delle due l'una, perciò: o si chiama a rispondere l'autore dello sparo per l'omissione dolosa successiva alla precedente azione colposa, spezzando la vicenda in due tronconi e ripristinando la concomitanza tra dolo e fatto tipico; oppure, leggendo unitariamente la condotta dell'imputato e omettendo di distinguere tra un prima (colposo) e un dopo (doloso), ci si espone alla censura del dolo *subsequens*. Non per caso il capo d'imputazione elevato nei confronti di tutti gli imputati descrive l'azione lesiva come una sorta di antefatto non punibile («...dopo che C.A... simulando uno scherzo... aveva esplosivo colposamente un colpo d'arma da fuoco»), mentre è l'azione dolosa successiva a costituire il cuore dell'imputazione («...in concorso tra loro, ritardavano i soccorsi e fornivano agli operatori... informazioni false e fuorvianti... così cagionando il decesso»).

⁸ È pacifico che l'art. 593, comma 3, c.p. non faccia parte di quei delitti aggravati dall'evento in cui lo evento, invece, deve essere necessariamente non voluto (ad es. morte derivante dai maltrattamenti, che integra il concorrente omicidio doloso).

⁹ Si è qui deciso di trascurare questo tema perché - al di là del segnalato rapporto di pregiudizialità/dipendenza - i quesiti prescelti apparivano già di per sé impegnativi, sì da rendere inopportuno l'accostamento ad altro tema ugualmente denso. Nella triste vicenda giudiziaria in commento, peraltro, le questioni dell'omissione e della posizione di garanzia non hanno ricevuto, sinora e sorprendentemente, la stessa attenzione processuale, quasi che la componente oggettiva dell'imputazione comportasse problemi interpretativi di minore complessità rispetto al problema concernente l'elemento soggettivo.

¹⁰ § 5 sentenza di legittimità.

di Cassazione.

4. *La posizione di garanzia nella sentenza della Cassazione.* La sentenza di legittimità, pur dissociandosi dalle argomentazioni sviluppate nelle pronunce di merito in ordine alla sussistenza di una posizione di garanzia gravante indistintamente su tutti gli imputati¹¹, ne accredita tuttavia le soluzioni: nel lasso temporale tra il ferimento e la morte, gravava su costoro un preciso obbligo impeditivo *ex art. 40, comma 2, c.p.*, speciale e distinto dall'obbligo di soccorso *ex art. 593 c.p.*

In particolare, dopo aver escluso che la differenza tra omissione di soccorso

¹¹ La sentenza di primo grado aveva infatti ricordato l'obbligo di garanzia con il dovere di assicurare adeguati soccorsi a chiunque si imbatta in una persona ferita e bisognosa di assistenza. Ma con notevoli ambiguità e inesattezze: 1) per l'apparente riferimento a un'infermità particolarmente grave come elemento generativo dell'obbligo di garanzia («...le circostanze descritte e lo stato del ferito, palesemente grave (...) in condizioni di salute, evidentemente assai precarie»); 2) per l'evocato ulteriore requisito per cui il soggetto deve imbattersi «non occasionalmente» nella persona ferita; 3) perché si affermava che gli imputati hanno compiuto una condotta «non solo omissiva ai sensi dell'art. 40 cpv.», ma, anche, «commissiva mediante omissione, sotto il profilo delle mancate informazioni fornire ai garanti istituzionali», come se le espressioni utilizzate rimandassero nel nostro ordinamento ad istituti differenti; 4) per la conclusione in base alla quale i comportamenti ascritti, «gravemente negligenti, imprudenti e lesivi della norma che imponeva (...) un obbligo di garanzia», si situarono «ben oltre la mera omissione del soccorso», integrando piuttosto «il più grave delitto di cui all'art. 589 c.p.». (cfr. p. 30 sentenza di primo grado) Tentando una sintesi, per la Corte di Assise di Roma tra obbligo di attivarsi (art. 593 c.p.) e obbligo impeditivo (art. 40 cpv.) intercede una distinzione meramente quantitativa: l'oggettiva gravità del fatto - e dunque la gravità delle condizioni del ferito, il suo ritrovamento non occasionale, il compimento di mendaci, il grado di scostamento dalla condotta doverosa - permette di transitare dall'omissione di soccorso all'omicidio colposo, di andare «ben oltre» il reato più lieve, integrando il reato più grave, pur a fronte di un dovere dal contenuto identico. Senonché la nascita dell'obbligo impeditivo non dipende dalla «gravità» dell'omissione, né la posizione di garanzia ha una dimensione quantitativa, piuttosto che qualitativa; lo stesso dicasi in ordine alle differenze tra obbligo impeditivo e obbligo di soccorso, che non si situano sul piano della gravità delle lesioni, dell'occasionalità del ritrovamento o del grado di lontananza dalla azione doverosa, ma si radicano sul decisivo spartiacque della posizione di garanzia.

Di diverso tenore era stata la motivazione d'appello. Essa individuava il fondamento della posizione di garanzia nel «principio generalissimo del *neminem laedere*», il quale avrebbe imposto una condotta diversa da quella tenuta in ragione della gravità della situazione di pericolo e del suo prevedibile deteriorarsi. A ciò si aggiungeva, sulla scorta di costanti orientamenti giurisprudenziali, che gli imputati ben avrebbero potuto attivare poteri anche minori rispetto a quelli dispositivi, in specie i poteri sollecitatori. E si concludeva che gli imputati si resero titolari di un preciso e autonomo obbligo di garanzia, tale da imporre l'immediato soccorso del ferito non tacendo ai soccorritori alcuna utile circostanza (p. 31-32 sentenza di secondo grado). In merito, la Cassazione obietta che il fondamento della posizione di garanzia non può radicarsi nel «generale dovere di non ledere l'altrui sfera giuridica», perché tale dovere s'impone a qualunque consociato e, dunque, non ha «alcuna capacità selettiva per la costituzione di obblighi qualificati di agire» (§ 7-13; in particolare, p. 21 sentenza di legittimità)

aggravata (art. 593, comma 3, c.p.), da un lato, e omicidio colposo mediante omissione (art. 589 c.p.), dall'altro, corra sul binario causale o sulla diversità di elemento psicologico¹², la Suprema Corte elegge ad esclusivo criterio distintivo la presenza o meno di una posizione di garanzia. Qui sta il nocciolo della questione: l'obbligo impeditivo grava sul garante, l'obbligo di soccorso su qualsiasi consociato; il garante risponde dunque di omicidio colposo mediante omissione negli stessi casi in cui al non-garante si applicherebbe la fattispecie aggravata dell'omissione di soccorso.

Nell'economia della decisione del Supremo Collegio, la posizione di garanzia assume quindi un ruolo cruciale. Tuttavia, nonostante le pertinenti sottolineature in ordine all'essenzialità del tema, la Corte non consuma eguale zelo nel ricostruirne le concrete fattezze.

Riportando in nota il ragionamento probatorio dispiegato¹³, il cuore della *ratio*

¹² Da una parte, infatti, l'evento aggravatore di cui al comma 3 dell'art. 593 c.p. deve essere avinto da un nesso eziologico con la precedente omissione, mentre, dall'altra, il principio di colpevolezza - rimodellando ogni ipotesi di responsabilità oggettiva in termini di responsabilità per colpa: così per il diritto preterintenzionale, per il delitto di cui all'art. 586 c.p. e per i reati aggravati dall'evento, tra i quali si annovera la fattispecie di cui all'art. 593, comma 3, c.p. - impone che anche l'evento aggravatore dell'omissione di soccorso vada imputato per colpa, al pari del corrispondente elemento costitutivo dell'omicidio colposo (§§ 15-16 sentenza di legittimità).

¹³ La motivazione parte col sottolineare un dato di fatto: la sopravvivenza non ordinaria della vittima a fronte di una ferita da arma da fuoco, con la conseguenza che «per un lungo lasso temporale (...) A. C. e i suoi familiari si presero cura di Marco Vannini». Si prosegue evidenziando che la vittima si trovava nell'abitazione degli imputati in ragione della relazione affettiva che lo legava alla fidanzata; ma con l'intero nucleo familiare era in rapporti di spiccata confidenza, di tipo sostanzialmente familiare, spiegandosi così la «naturalità con cui A.C. potette entrare nella stanza da bagno in cui lui era intento a farsi una doccia, e lì rimanere intrattenendo una discussione sulle armi (...)». Si richiamano quindi le dichiarazioni dei vicini che sentirono le grida del ragazzo, le richieste di aiuto dello stesso rivolte agli imputati, le voci di donna che cercavano di tranquillizzarlo. La Corte ne trae una conclusione non dissimile alla precedente: «Marco Vannini (...) restò affidato alle cure di A.C. e dei di lui familiari». Ancora, si ricorda che l'autore dello sparo notò la perdita di sangue, che provvide a sciacquare il braccio del ferito e che insieme ai familiari lo vestì e lo trasportò nella stanza da letto: «Tutti presero parte alla gestione delle conseguenze dell'incidente». E infatti s'informarono sull'accaduto, riposero la pistola, rinvennero il bossolo, eliminarono le macchie di sangue e composero per la prima volta il numero del 118. Da qui una terza conclusione della Corte, ancora somigliante alle precedenti, ma più centrata: «A. C. e i suoi familiari assunsero volontariamente rispetto a Marco Vannini, rimasto ferito nella loro abitazione, un dovere di protezione (...)». Si noti la gradazione delle conclusioni raggiunte, sempre alternata dall'aggiunta di ulteriori ingredienti fattuali: la Corte passa dal «si presero cura» al «restò affidato alle cure», dal «presero parte alla gestione» sino al definitivo «assunsero volontariamente un dovere di protezione». L'intera motivazione è insomma costruita secondo una *escalation* di richiami fattuali e logici, laddove al crescere delle evidenze giuridicamente rilevanti si inquadra con sempre maggiore definizione la consistenza normativa della posizione di garanzia. Sul piano oggettivo, la presa in cura diviene affidamento che, più avanti, si specifica in assunzione volontaria della gestione del pericolo, consapevolmente percepito; sul piano soggettivo,

decidendi si rinviene nel seguente passaggio:

«Il dovere del *neminem laedere* si concretizzò in tal modo, in ragione delle peculiarità del caso, ossia di un fermento verificatosi quando la vittima era ospite della famiglia della giovane fidanzata, in un preciso obbligo di protezione. Di esso gli imputati si fecero carico assumendo interamente, in luogo del titolare del bene esposto a pericolo, la gestione del pericolo che si prospettava».

Si tratta di un passaggio fondamentale. La Corte, evocando con enfasi il dovere di *neminem laedere*, altrove ripudiato¹⁴, dapprima riferisce la nascita del dovere di protezione alle «peculiarità del caso», consistenti, in particolare, nel ferimento di un ospite in rapporti di stretta confidenzialità con la famiglia della fidanzata; poi, però, in aggiunta o forse più propriamente in contrasto con la deduzione precedente, rintraccia lo stesso dovere di garanzia nella più volte citata «assunzione volontaria della gestione del pericolo»¹⁵.

Ma l'intreccio tra assunzione volontaria e relazione soggettiva non convince. Più che di un intreccio, infatti, come si alludeva si tratta di un'alternativa.

Il rapporto con la vittima, che si vuole qualificato dall'affettività, dall'ospitalità e dalla parafamiliarità del legame intrattenuto, *preesiste* al ferimento della vittima e, se generativo di obblighi di garanzia, avrebbe imposto *a tutti gli imputati* - e ancor prima dello sparo - di proteggere il giovane da *ogni possibile rischio all'incolumità fisica o ad altro bene di natura personale*. E sarebbe dunque gravato su tutti gli imputati il dovere non solo di *soccorrere* il ferito, ma dapprima di *sventarne il ferimento*, al pari di qualunque infermità che potesse occorrergli all'interno dell'abitazione. Con la difficoltà di rinvenire, da una parte, una fonte legale all'obbligo scaturente dal rapporto qualificato suddetto, costruito in evidente analogia *in malam partem* con l'obbligo di garanzia gravante sul genitore e sul coniuge (art. 30 Cost. e 143, 147 c.c.); e, dall'altra, una valida giustificazione all'esigenza di proteggere un soggetto maggiorenne, ospite nella casa di famiglia della fidanzata, a causa della maggiore esposizione a pericolo che una tale situazione avrebbe potuto eventualmente determinare (v. *infra* § 5.1).

l'assistenza prestata ad un *quisque* si precisa nella gestione di un ferito non ignoto, poiché ospite affezionato della famiglia C.

¹⁴ V. nota 11.

¹⁵ Per i precedenti riferimenti all'assunzione volontaria contenuti in sentenza, v. nota 13.

D'altro canto, l'assunzione volontaria che s'immagina non *preesiste* ma *insorge* con il ferimento del giovane o, per meglio dire, insorge con la deliberata presa in carico della gestione sanitaria del ferito. Da un punto di vista temporale, dunque, tale posizione di garanzia si sarebbe cumulata alla preesistente, fondata invece sul rapporto di ospitalità/familiarità.

Ma in realtà di cumulo non può discorrersi. Anche a seguire la tesi della Cassazione, la posizione successiva sostituisce e non si aggiunge alla precedente, perché il contenuto della regola modale si modella sulla fisionomia attuale del pericolo da impedire¹⁶. Si faccia il caso del chirurgo obbligato ad eseguire l'intervento chirurgico sul proprio figlio ricoverato in ospedale; egli è tenuto ad impedire l'evento non più in qualità di genitore del bambino, ma in qualità di medico professionista, investito dei relativi poteri impeditivi e della correlata posizione di garante. La relazione chirurgo-paziente si alterna a quella padre-figlio, perché si modifica il contenuto della condotta esigibile corrispondente a quella che, in identica situazione, andrebbe a beneficio di qualsiasi paziente. Inoltre, anche a voler ipotizzare un cumulo in astratto, in concreto la volontarietà della violazione del sopravvenuto garante-gestore assorbirebbe la colposità dell'inosservanza precedente, attuata in veste diversa. Riprendendo l'esempio del medico, se egli omette *colposamente* di evitare che il figlio si ferisca con un giocattolo pericoloso e, poi, nei panni del clinico ospedaliero, ne causa *volontariamente* la morte evitando di somministrargli il farmaco adeguato, tale omissione dolosa assorbe senz'altro l'inerzia anteriore.

Il cumulo immaginato dalla Cassazione trova peraltro spiegazione nella necessità di colmare i difetti di entrambe le impostazioni, nella logica moltiplicativa delle *rationes decidendi*, ma è ben lungi dal riuscire nell'intento auspicato.

La posizione di garanzia fondata sull'assunzione volontaria, per come ricostruita, suscita non minori perplessità che vanno dalla mancanza di una fonte formale dispositiva dell'obbligo, neppure analogica ma puramente fattuale, sino alla coincidenza che si verrebbe in parte a creare tra tale obbligo impeditivo (art. 40 cpv.) e il generale obbligo di soccorso (art. 593 c.p.), irragionevolmente differenziando l'ipotesi della fuga da quella dell'ingerenza iniziale (v. *infra* § 5.3)¹⁷.

¹⁶ Le circostanze del caso concreto specificano anche il contenuto e lo scopo del dovere d'agire, data la mancanza di una previsione legale espressa che definisca in modo puntuale l'estensione e il contenuto dell'obbligo di condotta: FIANDACA, *Il reato*, cit. p. 76.

¹⁷ Sul punto va precisato che, a fronte della richiesta riqualificazione del fatto in omissione di soccorso

Non si comprende infatti perché mai dovrebbe preferirsi, a parità di risultato lesivo, il soggetto che ometta il soccorso dandosi alla fuga rispetto a colui che, invece, si prenda inizialmente cura del ferito, perdipiù manifestando una minore insensibilità nei confronti del bene giuridico protetto. E ciò considerando pure la casistica dell'omissione di soccorso, popolata in maggioranza dalla seconda categoria di situazione¹⁸; con la conseguenza che, trasformando la gestione iniziale in una valida fonte di doveri protettivi, si finisce col prosciugare l'ambito applicativo dell'art. 593, comma 2, c.p.

A riprova della confusione tra doveri, inoltre, va ricordato che il soggetto già gravato di un obbligo di soccorso può assumere la gestione del soccorrendo non *volontariamente*, ma solo *doverosamente*, risolvendosi la gestione iniziale in un *adempimento inesatto e/o tardivo dell'obbligazione legale* (v. *infra* § 5.3). Infine, va pure detto che la posizione di garanzia suindicata pare violare apertamente il principio dell'irrelevanza penalistica del dolo *subsequens*, accollando sull'autore del pericolo involontariamente causato la responsabilità dolosa dell'evento successivo¹⁹.

Su tali aspetti torneremo, ma preme ora evidenziare un punto: al di là delle criticità evidenziate, la sentenza della Cassazione si segnala in positivo per avere

(art. 593, comma 2, c.p.), la Corte di Assise d'Appello aveva rigettato l'eccezione asserendo che la fattispecie invocata punisce chi omette il soccorso dopo aver "trovato" un ferito, non invece chi, con la propria condotta, si sia reso responsabile dell'aggravamento della condizione del medesimo violando le regole di cautela imposte dalla posizione di garanzia (p. 32 sentenza di secondo grado). La Cassazione respinge tale assunto: gli imputati, infatti, si sono "trovati" di fronte a un ferito perché il requisito del "trovarsi" non va inteso in senso letterale, ma presuppone soltanto un contatto materiale diretto con l'oggetto del ritrovamento, che prescinde dalla compresenza anteriore. Così gli imputati accorsero verso il bagno allorché udirono lo sparo e vi "trovarono" un ferito; e lo stesso vale per l'autore dello sparo perché, se il colpo partì accidentalmente, egli «dovette allora essere sorpreso da un fatto per lui non prevedibile e, al pari degli altri, si trovò al cospetto di un ferito». In definitiva, secondo la Cassazione, la condotta delittuosa fu senz'altro conforme al tipo dell'omissione di soccorso, senza che possa riscontarsi alcun difetto delle condizioni di tipicità (§ 10-13, p. 19-21, sentenza di legittimità). In tal modo la Corte di legittimità aderisce ad una interpretazione del gerundio "trovando" compatibile con la presenza dell'omittente assieme al soggetto passivo nella fase anteriore all'insorgenza del pericolo. E ciò sulla base dell'estensione - da taluni ritenuta analogica - del verbo "trovare", che descriverebbe situazioni di pericolo che appaiono "nuove" agli occhi del ritrovatore. La tesi opposta fa invece leva sulla stretta interpretazione letterale: "trovare" equivale a imbattersi, per la prima volta, nel soccorrendo. Sul punto, v. BASILE, *Su alcune questioni controverse intorno all'omissione di soccorso (art. 593 c.p.)*, *Un reato in cerca d'autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, p. 643 s. (per la questione specifica: p. 672 s. e bibliografia ivi riportata).

¹⁸ Cfr. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993, p. 151.

¹⁹ Deve tuttavia notarsi come la Cassazione, a differenza delle Corti di merito (p. 21-28 sentenza di primo grado; p. 31-32 sentenza di secondo grado), tratti la questione della posizione di garanzia espressamente e per la prima volta anche a beneficio dell'autore dello sparo (§§ 18-19 sentenza di legittimità).

richiamato ogni elemento utile a qualificare la relazione tra gli imputati e l'offeso in senso difforme da quella che, ordinariamente, si instaura tra una persona in pericolo e il proprio soccorritore. La giovane vittima era, nell'ordine, un ospite abituale all'interno della abitazione degli imputati, un soggetto legato a costoro da rapporti affettivi e di stretta confidenzialità nonché, infine, il destinatario di un affidamento socialmente tipico ad essere soccorso in una situazione di pericolo tale da mettere a repentaglio la sua vita. Non era, pertanto, quantomeno sul piano fattuale un *quisque de populo*, titolare di una generica aspettativa ad essere soccorso da anonimi ritrovatori; v'è tuttavia da chiedersi se e in che modo tali «peculiarità del caso» possano trasmodare in precise conseguenze giuridico-penali.

5. *Alternative ricostruttive.* La posizione di garanzia (*Garantenstellung*) è un istituto dogmaticamente incerto. Tende oggi a prevalere nella dottrina italiana la teoria mista²⁰, che tenta una difficile composizione tra legalità e solidarietà, onde l'obbligo giuridico che struttura il reato omissivo improprio deve, da una parte, trovare un ancoraggio di natura formale (la legge, il contratto e, per taluni, la consuetudine e la *negotiorum gestio*²¹), dall'altra, rivolgersi funzionalmente a scopi di garanzia (non di attivarsi, non di soccorso e, per taluni, neppure di

²⁰ Nella manualistica, MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto Penale*, Milano, 2018, p. 255 s., per cui sono *contra legem* (arg. art. 40 cpv.) le tesi materialistiche ma, al contempo, basta il richiamo a norme giuridiche extrapenali ovunque ubicate, anche sublegislative e di diritto privato, come il contratto e l'atto unilaterale; analogamente PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2019, p. 145-146; DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2020, p. 710 s., che, pur lamentando il contrasto dell'ambiguo rinvio contenuto nell'art. 40 cpv. con la riserva di legge e il principio di determinatezza, promuove una proficua integrazione tra forma e sostanza tale da mantenere il primato della prima e attribuire alla materialità della *Garantenstellung* il ruolo di strumento d'interpretazione teleologica in chiave restrittiva della vigenza dell'obbligo impeditivo; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, p. 273 s., che precisa come l'orientamento dominante tenda ad assicurare una base legale, un contenuto determinato all'obbligo e una sua orientazione a scopo di garanzia; PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2019, p. 193 s., per il quale le posizioni di garanzia sono soggette al principio di legalità, nei significati pregnanti ch'esso assume in materia penale, ma è diversa la tecnica di tipizzazione giacché esse, nascendo in contesti extrapenali, hanno fonte in disposizioni non tassative ma in principi espressi e desumibili in via interpretativa. Invitano a non sopravvalutare i vantaggi della teoria mista FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 644, e F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015, 157-158. Se i primi invocano un intervento legislativo al fine di rendere realmente compatibile il regime di responsabilità per omesso impedimento con i principi costituzionali, il secondo tenta invece, come noto, una ricostruzione di tale forma di responsabilità proprio a partire dai suddetti principi.

²¹ Per la tesi estensiva, MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto Penale*, cit., p. 255; PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 145-145.

sorveglianza²²). Ma anche la teoria dominante è apertamente criticata, non riuscendo a superare le perplessità delle tesi di cui rappresenta la sintesi.

Intesa rigorosamente, la teoria mista risulta troppo restrittiva: la base formale deve essere legale, determinata, attributiva di poteri impeditivi e chiaramente protesa al rafforzamento della protezione di un bene. Intesa lascivamente - vale come fonte ogni principio costituzionale, ogni legge extrapenale, finanche la consuetudine e la *negotiorum gestio* come ponte di penetrazione del fatto nel diritto²³ - risulta troppo estensiva: si risolve cioè nella teoria funzionale, ereditandone i limiti²⁴.

Ogni approccio alla materia va pertanto condotto con la massima cautela e in special modo in prospettiva problematica, ripudiando tanto gli apriorismi formalistici, quanto i pragmatismi funzionali.

Nell'inquadrare la vicenda in esame, dunque, si adotterà una postura agnostica, verificando per prima la strada dell'ipotetico dovere impeditivo congiunto gravante indistintamente su tutti i compartecipi. Ciò sul solco tracciato dalla Cassazione che, in effetti, ricompilando ogni dato rilevante a tal fine ha tuttavia fatto astrazione dell'imprudenza originaria imputabile al solo autore dello sparo.

In seguito si provvederà ad isolare la posizione di quest'ultimo soggetto, prospettando due ulteriori alternative ricostruttive.

5.1 La posizione analogica estratta dal rapporto di parentela di fatto. Sul piano fattuale, la vittima era legata da una relazione sociale qualificata con gli imputati: la Cassazione discorre in proposito di «stretta confidenzialità» con il nucleo familiare della fidanzata. In aderenza a questo dato, dunque, si potrebbe affermare che tra la vittima e gli imputati correva un rapporto di parentela di fatto. Tale rapporto, pur irrilevante secondo il diritto civile, avrebbe ingenerato una

²² In tal senso LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 74 s.; p. 151 s., per la quale la relazione di sorveglianza, pur costituita anteriormente al sorgere del pericolo, si distingue dalla relazione di garanzia poiché all'obbligato non sono attribuiti poteri impeditivi. Nell' stesso senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 162.

²³ Così SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 128. Nella dottrina tradizionale, per tutti, MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, Bologna, 1942, p. 250.

²⁴ Come efficacemente sintetizzato da SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 211, citato da GRASSO, *Il reato*, cit., p. 200, la teoria funzionale apre una chiusa attraverso la quale il delitto omissivo improprio diviene preda delle valutazioni soggettive del giudice competente e la punibilità dell'omissione una questione di etica individuale.

puntuale aspettativa di protezione in capo al ferito, sorta già prima del ferimento ed avente ad oggetto ogni sorta di pericoli che avrebbero potuto presentarsi all'interno dell'abitazione. Del resto, il carattere contrattuale di talune posizioni di garanzia si discosta dal senso civilistico della negozialità, prevalendo in diritto penale l'effettività dell'affidamento sulla formalità della fattispecie legale. Ciò che conta – si potrebbe sostenere – è l'assunzione di fatto delle funzioni di garante, specie in un ambito, quale quello del diritto familiare, soggetto a una costante e progressiva *deregulation*²⁵.

Proprio alla luce di tale deformalizzazione della famiglia convenzionale, che induce con frequenza a riconoscere a soggetti non qualificati i diritti sostanziali propri del congiunto (ad es. al convivente *more uxorio*, figura oramai istituzionalizzata dalla l. 20 maggio 2016, n. 76), parte della dottrina non nega che possano assumere obblighi di garanzia figure normativamente innominate: il fidanzato, il cognato, il convivente abituale etc²⁶. Posizioni che non deriverebbero da investiture formali, ma dal concreto snodarsi del rapporto di fatto nelle forme tipiche della comunità familiare. Deve però comunque sussistere, oltre all'esercizio in via di fatto della qualità di congiunto, il *quid proprii* della posizione di protezione: il garante deve essere cioè preposto alla tutela di un bene appartenente a un titolare che non possa difenderlo in modo adeguato²⁷.

L'obiezione che generalmente si muove a una simile impostazione è quella di estendere analogicamente e *in malam partem* il debito protettivo al di fuori del

²⁵ FIANDACA, *Il reato*, cit., p. 87 s., il quale caldeggia la scissione tra esercizio in concreto di determinate funzioni tipiche e i relativi presupposti di legittimazione formale. Gli obblighi di attivarsi extrapenali possono svolgere, a questa stregua, una funzione «indiziante» rispetto alla presenza di una posizione di garanzia, ma l'individuazione dell'obbligo di impedire l'evento viene in ogni caso effettuata sulla base di parametri penalistici riflettenti il contenuto significativo della fattispecie da applicare. Critica il richiamo alla concezione realistica nella materia *de qua*, GRASSO, *ult. op. cit.*, p. 224 s., per cui il rilievo attribuito altrove all'effettività dell'esercizio di certe funzioni, trova un fondamento esplicito nei settori extrapenali richiamati dalla norma incriminatrice. Sicché si tratta qui non di interpretare il significato di un elemento della fattispecie, ma di valutare se nel ricostruire l'elemento centrale della fattispecie omissiva impropria – la condotta inosservante – si debba rimanere ancorati al carattere della giuridicità formale della situazione tipica o se debba farsi riferimento a criteri materiali per i quali nell'art. 40 cpv. c.p. manca qualunque addentellato. In giurisprudenza si tende a preferire la prima impostazione: v. tra molte Cass., sez. IV, 26 settembre 2019, n. 42867, laddove si afferma che la posizione di garanzia può essere generata da investitura formale o dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante mediante un comportamento concludente dell'agente, consistente nella presa in carico del bene protetto.

²⁶ ROMANO, *Art. 40*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 357, che allude al criterio della «stretta relazione comunitaria» riferito a forme di convivenza analoghe a quelle del rapporto familiare.

²⁷ V. per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2014, p. 644-645.

perimetro legale²⁸. Una simile obiezione origina dalla premessa, raramente esplicitata, a tenore della quale il principio di legalità innerva la materia delle posizioni di garanzia, ripudiando tanto le fonti sostanziali dell'obbligo protettivo, quanto le fonti extralegali, come i regolamenti e i provvedimenti amministrativi e, per taluni, persino il contratto²⁹.

Senonché è la stessa legge penale a richiamare l'intero ordinamento giuridico quale fonte della posizione di garanzia: l'obbligo impeditivo è infatti qualificato come "giuridico", e non come "legale", dallo stesso art. 40 cpv. c.p.³⁰. E inoltre

²⁸ Con riguardo alla famiglia di fatto, v. GIUNTA, *La posizione di garanzia*, cit., p. 627.

²⁹ La dottrina nazionale non ha ancora approfondito con la dovuta profondità il decisivo tema dei rapporti tra legalità e posizione di garanzia. Secondo SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 139 s., la legge può "creare" *ex novo* posizioni di garanzia giuridicamente rilevanti, ma gli obblighi impeditivi che ad essa fanno capo sono individuati e disciplinati dalle fonti preventive più varie (*ex art. 43, comma 3, c.p.*, sui cui si fonda l'originale impostazione dogmatica dell'A.). Si attribuisce, inoltre, da un lato alle disposizioni costituzionali lo stesso valore riservato alla legge, dall'altro il ruolo di fonte autonoma alla precedente attività pericolosa (qualificata altrove come fonte materiale: p.128-129; 153). Se la prima estensione svaluta il profilo della determinatezza, degradando la legalità al ruolo di scarsa abilitazione formale (come sembra temere lo stesso A.: p. 167 e 184 s.), la seconda contraddice apertamente le premesse adottate. Per una critica anti-legalistica all'impostazione sgubbiana, anche sul rilievo della pacifica costituzionalità dell'art. 43, comma 3, c.p., FIANDACA, *Il reato*, cit., p. 144 s. Recupera l'istanza legalitaria, anche sotto il profilo della determinatezza, GRASSO, *Il reato*, cit., nell'assunto che l'abbandono del criterio formale non sarebbe consentito dalla lettera dell'art. 40, co. 2, c.p., né sarebbe raccomandabile per il doveroso rispetto del principio di legalità e, appunto, della determinatezza della fattispecie penale (p. 198). L'impiego esclusivo di incerti criteri fattuali altera la fisionomia descrittiva dei reati omissivi impropri, inserendo un elemento di indeterminatezza al loro interno (p. 221). E inoltre le norme extrapenali rivestono indubbia efficacia integratrice, non potendosi assimilare alle fonti richiamate dagli elementi normativi della fattispecie (p. 248 s.). In termini ancor più rigorosi, LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 50 s., che ripudia tanto le tesi sostanzialistico-funzionali, quanto i ricorrenti camuffamenti che di queste fanno i formalisti, mediante implicita o esplicita ammissione di deroghe (ricorso a obblighi generici, ad es. direttive costituzionali, ovvero estensione dell'obbligo specifico a situazioni fattuali coerenti). Epperò ammette la fonte negoziale, sulla base degli artt. 1322 e 1372 c.c., ascrivendo il problema del contrasto con il principio di legalità all'ampiezza dell'art. 40, comma 2, c.p. (problema che si riconosce "reale": ma allora, a rigore, l'art. 40, comma 2, c.p. dovrebbe cedere il passo alla disposizione costituzionale). Sottolineano la funzione integratrice dell'obbligo giuridico impeditivo, nonché la piena operatività della riserva di legge in materia, GIUNTA, *La posizione di garanzia*, cit., p. 620 s. e CALCAGNO, *Reato omissivo improprio*, cit., § 4, i quali, se espellono il negozio dal novero delle fonti costitutive dell'obbligo impeditivo, ammettono tuttavia il trasferimento della posizione *ex contractu*, non avendo in tal caso funzione integratrice. *Contra* CAMAIONI, *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 4, p. 1628 s., nell'opinione del quale la riserva di legge non ammette qualsivoglia alterazione delle proprie scelte circa la distribuzione del carico penale tra i suoi destinatari, con la conseguenza che la fonte negoziale non sarebbe abilitata né a costituire né a trasferire posizioni di garanzia.

³⁰ Già SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 51-52, nota 26, avvertiva che la «giuridicità» dell'obbligo di attivarsi rappresenta un baluardo garantistico estremamente labile, specie se visto in termini formali come

ogni lettura pianamente formalistica della posizione di garanzia sconta, da una parte, i noti difetti della teoria formale, dall'altra, la realtà d'un legislatore disavvezzo alla ricompilazione tassativa degli obblighi impeditivi³¹. Anche la giurisprudenza mostra d'altro canto di dismettere alla bisogna ogni afflato legalistico, affidandosi unicamente al fatto³².

È allora sul terreno materiale del rapporto di garanzia che una siffatta posizione analogica deve essere in questa sede preferibilmente respinta³³.

Il genitore non è infatti obbligato *ex art.* 147 c.c. a proteggere in eterno l'incolumità della prole. Tale posizione origina dalla nascita e cessa con la maggiore età del figlio legittimo o naturale, traguardo che segna il definitivo superamento dell'esigenza di protezione³⁴. È la minore età del figlio ad attribuire al medesimo un credito di garanzia; o sennò si addosserebbe al genitore il dovere di proteggere un bene già autonomamente tutelato dal beneficiario. Il garante non potrebbe del resto rafforzare ancora la protezione, dunque il suo obbligo impeditivo si giustificerebbe in ottica non più funzionale ma eticheggiante³⁵.

provenienza dell'obbligo da una certa fonte positiva. Ne propugna il ridimensionato FIANDACA, *Il reato*, cit., 134 s., mentre di recente si è notato che l'art. 40, comma 2, c.p. contiene una riserva di "giuridicità", non di legalità", carattere che non esige immediata ed esplicita consacrazione in una espressa regola legale o contrattuale, bensì che l'obbligo, pur emergendo da un fatto "extra-legale" o "extra-contrattuale", trovi riconoscimento "vincolante" da parte dell'ordinamento, anche in via mediata. Per queste considerazioni, CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato*, Torino, 2017, p. 254 (nota 165).

³¹ La definisce fattispecie "a formazione giudiziaria", che rimette di fatto all'organo giudicante il compito di delimitare i confini della tipicità dell'omissione impropria, PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. Pen.*, 1999, p. 535.

³² V. tra tante Cass., sez. III, 2 ottobre 2019, n. 9347, in *Deiure*, relativa ai danni occorsi ad un minore, ipovedente e non autonomo nei movimenti: si conferma la sentenza di merito per la quale qualsiasi adulto, trovandosi nell'aula ludica con il minore disabile, era chiamato a prestare le cautele del caso per impedire l'evento, tanto più che non era richiesta alcuna specifica competenza. A riprova dello scarso rilievo attribuito in giurisprudenza al problema della fonte, v. Cass., sez. IV, 15 dicembre 2017, n. 4622, per la quale non si viola il principio di correlazione fra accusa e sentenza quando, fermo restando il fatto storico addebitato, consistente nell'omissione del comportamento dovuto, in sentenza sia stata individuata una diversa fonte della posizione di garanzia che non abbia comunque inciso in concreto sul diritto di difesa.

³³ La prospettiva funzionale, del resto, meglio svela la matrice paternalistica di certi filoni giurisprudenziali: v. sul punto MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, in *Criminalia*, 2011, 280 s.

³⁴ In argomento, GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 301.

³⁵ In proposito, v. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 235-236, laddove si afferma che specie in relazione alle posizioni di garanzia che si incardinano su *status* familiari emergono incertezze dovute a «interferenze di stampo extrafattuale, di ordine etico», in cui è «sempre in agguato il pericolo che una impronta eticizzante investa il fenomeno». Sul tema, diffusamente, MICHELETTI, *Il paternalismo*, cit., 2011, 275 s., nonché il lavoro monografico di CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 211 s. (particolarmente: p.

La familiarità di fatto non può quindi essere fonte di precostituiti obblighi impeditivi in capo a soggetti che, quand'anche fossero stati i reali genitori del ferito, se ne sarebbero da tempo liberati³⁶.

Un dubbio potrebbe piuttosto riguardare l'equiparazione del fidanzamento al coniugio, fonte tradizionale di obblighi protettivi che, al contrario della relazione genitore-figlio, si fondano sulla stabile comunione di vita consensualmente costituita³⁷. Tuttavia, configurandosi nel caso di specie una convivenza occasionale e saltuaria, l'ipotesi implica il formarsi di una analogia priva di una reale similitudine su cui far perno: troppa la distanza tra comunione stabile e convivenza precaria.

L'ipotesi esaminata si rivela dunque eccessivamente critica. Sul piano formale, per il ricorso disinvolto all'analogia; sul piano funzionale, per l'apparente mancanza di una condizione di vulnerabilità e di una stabile comunione di vita consensualmente costituita.

E le criticità non diminuiscono se, per superare l'obiezione relativa all'assenza di valide ragioni di affidamento, si priva l'obbligo impeditivo del carattere della precostituzione affermando che la posizione di garanzia è nata non prima ma in conseguenza della lesione.

Indubbiamente la posizione di protezione che compete al familiare possiede una ampiezza tale da comprendere l'attivazione di poteri volti a scongiurarsi l'aggravamento di un pericolo in corso, come in caso di grave malattia del coniuge che obbliga il garante *ex art. 40 cpv. c.p.*, e non già *ex art. 593 c.p.*³⁸ Ma

258 s.), il quale individua nella speciale relazione di tutela tra il garante e l'incapace di difesa autonoma un riflesso penalistico del principio *sibi imputet*.

³⁶ E v'è persino chi ritiene che tali vincoli progressivamente scemino col trascorrere del tempo, anche prima della maggiore età, in diretta corrispondenza con lo sviluppo delle naturali istanze di auto-responsabilità e auto-tutela in capo al figlio: v. CIVELLO, *op. ult. cit.*, p. 265.

³⁷ Sul punto v'è discordia in dottrina. Se per FIANDACA, *Il reato*, cit., p. 174-175, il fine di garanzia presuppone che i coniugi vivano effettivamente in comune, con conseguente reciproco affidamento in caso di bisogno, per GRASSO, *Il reato*, cit., p. 302 la fisica lontananza dei coniugi non fa venir meno le reciproche posizioni di protezione esistenti, che solo la separazione legale può interrompere. Si riflettono nel contrasto suddetto le differenti vedute dei due Autori sul fondamento generale della *Garantenstellung*. E tuttavia esse collimano nel configurare il rapporto di garanzia come «relazione di dipendenza» (rispettivamente: p. 130; p. 256), al cui polo passivo si situa un beneficiario «incapace». Ci si limita qui a segnalare che nella relazione coniugale un tale presupposto sembra mancare, considerata l'ormai acquisita natura negoziale del matrimonio, realizzando esso, in positivo, un'esigenza di maggior protezione che prescinde dal bisogno e nasce dalla volontà.

³⁸ Non si pone in queste situazioni alcun problema di poteri impeditivi, perché la conformazione di essi ricalca l'alternativa menzionata dall'art. 593 c.p., ossia la scelta - non libera, perché condizionata dalle circostanze - tra intervento diretto o intervento mediato, v. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e*

una tale posizione di garanzia si genera, all'evidenza, prima che si sprigioni il decorso letale della malattia e, cioè, con l'assunzione della relativa qualifica normativa. Rilevare che la posizione di garanzia è insorta non prima, ma in conseguenza della lesione, significa allora ipotizzare un obbligo discendente da una diversa fonte: la c.d. assunzione volontaria³⁹.

Tra la posizione di garanzia per assunzione volontaria e le posizioni analogicamente desunte da figure tipiche esiste in effetti una certa confusione. Anche alcuni esempi proposti in letteratura cumulano i due aspetti: si fa il caso del figlio che si faccia spontaneamente carico dell'assistenza del genitore malato non più capace di provvedere a sé stesso, associandolo – ma a scopi beninteso puramente descrittivi – ad un rapporto di protezione di tipo familiare⁴⁰. Si debbono tuttavia distinguere le due ipotesi, perché un conto è integrare in via di fatto i presupposti della qualifica tipizzata, così assumendo il correlato fascio di doveri impeditivi (ad es. il convivente nei confronti della compagna), altro è invece assumere non la qualifica, ma i connessi obblighi di garanzia per comportamento concludente (ad es. la guida alpina nei confronti degli escursionisti o, appunto, il figlio che assume la cura del padre malato).

Nel primo caso la fonte di costituzione è la norma attributiva della posizione di garanzia, analogicamente estesa a situazioni tipologiche coerenti. Ne consegue che i doveri impeditivi tipici, quelli cioè del garante legale, sono assunti dal soggetto nel momento in cui si realizza la situazione di fatto corrispondente al

fisiognomica del potere impeditivo, in *Criminalia*, 2012, p. 641 s.

³⁹ Ricordano che la posizione di garanzia deve essere logicamente pregressa all'insorgenza del singolo obbligo di attivarsi SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 205; FIANDACA, *Il reato*, cit., p. 134, che in ciò ravvisa la differenza con l'obbligo di salvataggio *ex art.* 593 c.p., dove il vincolo insorge in modo del tutto casuale; analogamente LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 75.

⁴⁰ L'esempio è tratto da FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale*, p. 649, che rinviano a RUDOLPHI-HORN-SAMSON, *Systematischer Kommentar*, cit., § 13, Rn. 47 s. Tuttavia, il coautore del Manuale precisa nella sua opera monografica più volte citata (p. 174) che il rapporto genitori-figli, proprio perché ha la sua *ratio* nell'incapacità presunta dei secondi a difendersi dalle situazioni di pericolo, non sussiste in modo reciproco e infatti manca una norma simmetrica all'art. 147 c.c. Ciò tuttavia non pregiudica l'eventuale assunzione di un ruolo di garanzia da parte del figlio in casi eccezionali (ad es. per assunzione volontaria). Nell'intendimento dell'A., insomma, la relazione di garanzia trae fonte dall'assunzione di fatto legata alla condizione di incapacità del beneficiario, non direttamente dal rapporto di parentela. Né l'obbligo impeditivo in capo al figlio può discendere dall'art. 433 c.c., che prescrive l'obbligo di alimenti, perché esso ha un contenuto prettamente patrimoniale che prescinde da una relazione di dipendenza legata una condizione di relativa incapacità, trovando causa nello stato di bisogno: in questo senso, GRASSO, *Il reato*, cit. p. 296-297; *contra* SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 235, nota 2. Nella dottrina più risalente la posizione di garanzia del figlio veniva tratta genericamente dai doveri del diritto di famiglia, v., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, VII ed., Milano, 1975, p. 201.

modello legale (ad es., quando ha inizio la convivenza).

Nel secondo caso, invece, la fonte di costituzione deve ricercarsi altrove: nella *negotiorum gestio* o nell'accordo tacitamente concluso. Ne deriva che il dovere impeditivo nasce per via dell'assunzione di fatto e assume le vesti più disparate, a seconda della natura del bene concretamente affidato al garante.

La diversità, peraltro, pare ricalcare quella esistente tra posizione di garanzia originaria e posizione di garanzia derivata⁴¹, confortando l'idea che l'assunzione volontaria abbia in realtà natura negoziale (v. *infra* § 5.3).

E la differenza si coglie ancor più nitidamente rapportandola al caso che ci occupa. Se trattasi di preconstituita posizione analogica, l'immediata fuga dei garanti non li esonera da responsabilità per il reato omissivo improprio; in caso di assunzione volontaria, invece, posto che la fuga impedisce il verificarsi del fatto costitutivo della posizione di garanzia, tale responsabilità rimane esclusa.

In conclusione il rapporto parafamiliare intrattenuto, non potendo per analogia assimilarsi allo schema legale, non assume rilievo giuridico-penale: va anzi estromesso dallo spettro di dati rilevanti, per la valenza etica che lo connota.

5.2 *La posizione materiale discendente dal rapporto di ospitalità-convivenza.*

Nella pronuncia della Cassazione si insiste da una parte sui rapporti parafamiliari, dall'altra sulla condizione di ospite rivestita dalla vittima. Chiarita la rilevanza soltanto morale dei rapporti confidenziali, occorre ora soffermarsi su questo secondo rapporto qualificato: l'ospitalità. Classicamente definita come il diritto dello straniero a un trattamento non ostile, non si dubita che tale relazione sia guardata con rispetto anche nelle società moderne; tuttavia, tale condizione non riceve a tutt'oggi tutela giuridica. Gli obblighi dell'ospite, pur esistenti, non sono obblighi vincolati perché trovano fonte nelle norme di cortesia⁴².

⁴¹ La presa in carico della situazione di protezione o di controllo è condizione imprescindibile solo per la creazione di una posizione di garanzia derivata, non anche per la sussistenza di una posizione di garanzia originaria, in relazione alle quale vanno distinte due ipotesi: a) quella in cui la legge collega la posizione di garanzia a una data qualifica formale (es. i genitori in relazione ai figli minori), ove la qualifica formale sintetizza i correlati doveri impeditivi e ove il soggetto non può invocare a propria scusa il non aver preso in carico la situazione di protezione o controllo (salvo il caso fortuito o la forza maggiore); b) quella in cui la presa in carico è necessaria per la sussistenza della posizione di garanzia originaria (datore di lavoro in relazione agli obblighi antinfortunistici). In questi termini, GIUNTA, *La posizione di garanzia*, cit., p. 620 s.

⁴² Per riferimenti, v. PALAVERA, «*Ospitalità, diritto e*». *Una premessa, cinque smentite, due ipotesi. Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, II, Milano, 2016, p. 1047 s.

Neppure può negarsi, tuttavia, che sul piano sociale la relazione di ospitalità genera affidamenti protettivi individualizzati. La questione merita un approfondimento.

Nel distinguere tra obbligo di soccorso e obbligo di garanzia, ci si riferisce spesso allo spettro di destinatari: l'obbligo di soccorso s'impone alla generalità dei consociati, l'obbligo impeditivo compete a soggetti determinati. La natura selettiva dell'obbligo impeditivo deriva dalla posizione di garanzia che, avendo un contenuto relazionale, lega due soggetti: il debitore e il creditore di protezione. L'obbligo di soccorso, invece, riguarda il *quisque*: grava infatti su chiunque s'imbatta nella situazione descritta dalla fattispecie legale, essendo il criterio di selettività affidato esclusivamente al caso.

Dal lato del soggetto titolare del bene a rischio, tali diversità si riflettono in ciò: il debitore di garanzia ha uno *specifico affidamento* nei confronti dell'intervento *preventivo e successivo* del suo creditore, mentre, all'opposto, il soccorrendo può nutrire un *affidamento generico ed eventuale* nei confronti di tutti quanti i consociati si presentino al suo cospetto⁴³.

Talvolta, però, accade che la vicenda concreta si predisponga nel senso di generare affidamenti individualizzati anche in capo al soccorrendo. Ciò avviene proprio nei contesti di convivenza domestica, laddove soltanto taluni soggetti, non altri, possono percepire la persona ferita o altrimenti in pericolo. Il rapporto di ospitalità rileva allora in queste situazioni come fonte di affidamenti protettivi individualizzati, perché lo spettro dei destinatari dell'obbligo di soccorso resta oggettivamente delimitato dalla coabitazione nel domicilio. L'ospite in pericolo non può insomma essere "trovato" dall'estraneo; non è più il caso a selezionare i destinatari puntuali del dovere di soccorso, ma la relazione di ospitalità-convivenza.

Una conferma indiretta del fatto che tali relazioni producono affidamenti specifici si trae dall'aggravante comune di cui all'art. 61 n. 11., che prevede un

⁴³ Cfr. SILVA SANCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Montevideo, 2003, p. 432 s., che individua tre categorie di "omissioni" penalmente rilevanti: le "omissioni pure", in cui si reprimono violazioni di doveri di solidarietà minima (es. omissione di soccorso); le "omissioni di gravità intermedia" o "omissioni pure del garante", dove si collocano le infrazioni di doveri di solidarietà qualificata (es. omissioni di soccorso nella famiglia, nel matrimonio, nella funzione pubblica, quando il destinatario del dovere non ha esteso la propria sfera organizzativa ai rischi che pongono in pericolo la sfera giuridica altrui); le "omissioni improprie", equiparate alle condotte attive, in quanto il soggetto gravato da un dovere di solidarietà qualificato assume altresì di fronte alla collettività l'impegno (*compromiso*, altrove denominato "assunzione volontaria") di prevenire le situazioni di rischio per beni giuridici determinati, generando aspettative socialmente qualificate.

aumento di pena se il fatto è commesso con abuso della relazione di coabitazione od ospitalità. Queste relazioni sono dunque considerate dall'ordinamento suscettibili di «abuso»: ciò perché, all'evidenza, l'ospite e il coabitante vi confidano a tal punto da allentare le difese nei confronti del soggetto relazionato.

Ospitalità e convivenza rimangono nondimeno rapporti di fatto. Benché come noto la dottrina tedesca abbia tentato di valorizzare in funzione di garanzia criteri come la prossimità al bene giuridico, il controllo della situazione di rischio e, appunto, la convivenza o la coabitazione, non sfuggirà che tali situazioni - pur producendo affidamenti individualizzati affini a quelli nascenti dai rapporti di garanzia - risultano opinabili e incerti⁴⁴. E criteri siffatti non sembrano neppure trovare validazione nella lettura restrittiva del gerundio “trovando” presente all'art. 593 c.p., lettura secondo cui commetterebbe il reato soltanto il soggetto imbattutosi casualmente nel soccorrendo. A rigore, infatti, dalla restrizione dell'ambito previsionale dell'art. 593 c.p. non discende alcuna riespansione dell'art. 40 cpv. c.p.⁴⁵.

Si può concludere che la presenza di affidamenti individualizzati derivanti dalla relazione di ospitalità-convivenza accentua senz'altro il disvalore materiale dell'omesso soccorso; tale disvalore non sembra tuttavia riscontrato nell'attuale quadro normativo, neppure quale aggravante dell'art. 593 c.p. La scelta, da recepire tal quale *de iure condito*, può suscitare qualche perplessità *de iure condendo*⁴⁶.

⁴⁴ Per un sintetico quadro dei criteri menzionati, v. ROMANO, *Art. 40*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 357 s.

⁴⁵ FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, p. 249, per cui l'art. 593 c.p. è espressione del principio generale in base al quale la punibilità dell'obbligo di attivarsi presuppone una espressa previsione, non operando altrimenti il generale disposto dell'art. 40, comma 2, c.p.

⁴⁶ Cf. ancora le considerazioni di FIORELLA, *ult. op. cit.*, p. 240 s., il quale rileva che la responsabilità per omissione presuppone sempre un affidamento di un bene ad una cerchia di soggetti, ma ciò non sempre comporta la corrispondenza della responsabilità per omissione e per azione. A tal fine sembra invece imprescindibile porre l'accento sul “tipo” di affidamento intercorrente tra garante e bene. Secondo l'A., non rileva il potere di signoria, perché altro è il potere, altra la responsabilità per non averlo esercitato. Cosicché il passante che versi nella situazione descritta dall'art. 593 c.p. non risponde, rispettivamente, di omicidio per omissione o di omissione di soccorso a seconda che abbia o no una misura elevata di potere di salvataggio. E tuttavia si precisa che il possesso della signoria sull'accadimento resta uno dei parametri fondamentali che induce il legislatore a codificare l'obbligo impeditivo. Il poter impedire con facilità, infatti, riduce il margine di compressione della libertà gravata dal comando (nota 13 p. 245).

5.3 *L'assunzione volontaria tra struttura unilaterale e bilaterale.* Astraendo dai rapporti di familiarità e convivenza, deve ora esaminarsi più analiticamente l'altra figura evocata dalla Cassazione e cioè la c.d. "assunzione volontaria". Si tratta, come noto, di una categoria sorta nella riflessione dottrinale per superare i rigori della teoria formale e riconoscere al contatto nullo l'attitudine a trasferire compiti di garanzia, ma che si è poi progressivamente guadagnata nel diritto vivente il ruolo di autonoma fonte di costituzione, ad onta delle critiche della prevalente dottrina⁴⁷.

Di queste critiche ne vanno ora ricordate due.

La prima è la mancanza di una fonte formale che ne asseveri la rilevanza nel nostro sistema, il quale, come noto, si caratterizza per un certo formalismo, oggi tradotto nei termini della stretta legalità e nei corollari della riserva di legge e della sufficiente precisione⁴⁸. Orbene, nessuna norma dell'ordinamento, tantomeno legislativa, pare consegnare all'assunzione volontaria il compito di generare obblighi di garanzia: la relativa fonte di accreditamento non sarebbe allora che il fatto stesso dell'assunzione, in prospettiva materiale e non più formale.

Né in tale quadro può venire in soccorso l'istituto civilistico della *negotiorum gestio*⁴⁹. Si replica, da parte della dottrina più recente, che l'istituto in parola non trova applicazione con riguardo ai beni personali e presuppone la facoltatività dell'assunzione iniziale, incompatibile con l'obbligatorietà del soccorso

⁴⁷ Per un esplicito riferimento all'assunzione volontaria, v. Sez. IV, 5 aprile 2013, n. 50606, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3313, nonché Cass., sez. IV, 08 ottobre 2003, n. 1484, in *Foro It.*, II, 2004, p. 424. Oggi piuttosto si preferisce parlare, con identica valenza, di concreta presa in carico integrante un comportamento corrispondente all'esercizio di fatto delle funzioni tipiche di garante: *ex multis*, Cass., sez. IV, 26 settembre 2019, n. 42867. Va peraltro ricordato che per la tradizionale concezione formale la nascita dell'obbligo impeditivo è ammessa sempre nei casi di annullabilità (vizio che non comporta l'invalidità originaria dell'atto), mai nei casi di nullità (che la suddetta invalidità presuppone). Si aprono così pericolosi vuoti di tutela variamente colmati dalla dottrina recente. V. FIANDACA, *Il reato*, cit. p. 184 s., per il quale l'effettività dell'affidamento neutralizza la rilevanza della nullità e di qualunque altro vizio. V. altresì GRASSO, *Il reato*, cit. p. 269 s., per il quale la nullità del contratto, pur caducando il trasferimento della posizione di garanzia, lascia impregiudicata la possibilità di configurare il diverso schema dell'assunzione volontaria, formalmente inquadrato nella gestione d'affari altrui (art. 2028 cc). Relativistici sono invece gli approcci di LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 257 s. e F. MANTOVANI, *Causalità*, § 5 lett. c), per i quali occorre guardare all'interazione tra le cause d'invalidità e i requisiti penalistici necessari per la sussistenza dell'obbligo di garanzia: anche una causa formalmente d'annullabilità può travolgere il trasferimento della posizione di garanzia (ad es. per incapacità o minore età del garante), mentre talora la posizione è trasferita, ad onta della nullità.

⁴⁸ V. nota 29.

⁴⁹ Di cui è noto pioniere GRASSO, *Il reato*, cit., p. 274 s.

discendente dall'art. 593 c.p. Inoltre, l'obbligo del gestore d'affari altrui consiste in un obbligo di attivarsi anche agli effetti civili, mancando dei requisiti tipici della preconstituzione rispetto alla situazione di pericolo e della sussistenza di poteri impeditivi. Infine, il ricorso alla *negotiorum gestio* sarebbe addirittura inutile, perché i paventati vuoti di tutela che originerebbero dalla sua mancanza potrebbero colmarsi in altro modo⁵⁰.

Va sottolineata la considerazione relativa all'incompatibilità tra dovere e facoltà. Il codice civile pretende quale presupposto della *negotiorum gestio* la «spontaneità» della gestione iniziale: se il gestore è già obbligato alla gestione, ad esempio perché è il mandatario del gerito, l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica altro non è che l'adempimento degli obblighi assunti con il contratto di mandato⁵¹. La gestione è dunque produttiva di obblighi soltanto se spontanea, perché altrimenti rappresenta esecuzione della prestazione dovuta. Nel primo caso genera obblighi nuovi, nel secondo ne estingue di preesistenti.

Il riferimento alla *negotiorum gestio* non può allora comunque valere nelle situazioni in cui la presa in carico dell'interesse altrui costituisce adempimento del dovere di soccorso. L'ovvia ragione è che la situazione di dovere è incompatibile con la facoltatività⁵².

E veniamo così al secondo ostacolo che si frappone all'ipotizzata posizione di garanzia per assunzione volontaria. Se, infatti, come sostiene la Cassazione, l'art. 593 c.p. deve essere estromesso non già per l'assenza delle condizioni di tipicità, ma per la presenza di una posizione di garanzia, ciò significa che la gestione del ferito non fu affatto volontaria, perché gravava sugli imputati un preciso obbligo di soccorso. Siamo dunque fuori dallo schema della *negotiorum gestio* e nell'ambito di una assunzione certamente «doverosa». Perdi più, come si diceva, risulta illogico differenziare le ipotesi di omesso soccorso per fuga dal luogo del ritrovamento da quelle di tardiva o inadeguata presa in carico, posto che, altrimenti, chi attende sia pure inesattamente alla tutela del

⁵⁰ Così F. MANTOVANI, *Causalità*, § 6 B). Diffusamente, altresì, LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 300 s.

⁵¹ V., per tutti, BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 146-147.

⁵² Del resto, è lo stesso GRASSO, *Il reato*, cit., p. 275, a precisare che l'intervento del soggetto deve essere «disinteressato se spontaneo», anche se, erroneamente, viene ricondotto alla spontaneità l'esempio parabolico del buon samaritano, che è invece soggetto obbligato ex art. 593 c.p. A nostro avviso, infatti, non rileva il carattere contrattuale o legale dell'obbligazione preesistente, trattandosi pur sempre di obbligazioni implicanti la *doverosità* dell'adempimento ed equiparate ad ogni effetto dall'art. 1173 c.c. Ma è pur vero che la censura lascia impregiudicata la possibilità d'invocare la *negotiorum gestio* in assenza di vincoli obbligatori preesistenti: sul tema, tuttavia, v. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 330 s.

bene in pericolo subirebbe conseguenze più severe (derivanti dall'applicazione del reato omissivo improprio) di chi neppure se ne dia pena (responsabilità, al più, per il reato omissivo proprio).

La fattualità della fonte e la sovrapposizione con l'obbligo di soccorso, insomma, contrastano in maniera insuperabile con la ricostruita posizione di garanzia per assunzione volontaria⁵³.

A superamento dei suddetti ostacoli si potrebbe tuttavia ricorrere alla variante negoziale della figura in questione. La dottrina più recente, infatti, accoglie lo schema dell'assunzione volontaria soltanto nella sua veste "bilaterale", poiché in chiave "unilaterale" essa resuscita sotto mentite spoglie la vetera categoria della precedente attività pericolosa⁵⁴. Non è questa la sede per approfondire il tema; basti qui rilevare che se l'unilateralità dell'assunzione, evocata nel caso giudiziario in commento, non rimedia alle obiezioni teoriche formulate, la bilateralità consente invece di fronteggiarle.

La struttura contrattuale della fattispecie ridimensiona anzitutto l'obiezione formale, perché si riconosce generalmente agli accordi negoziali la capacità di creare e trasferire obblighi impeditivi ex art. 40 cpv. Ma, soprattutto, supera la vischiosa interferenza con il dovere di soccorso di cui all'art. 593 c.p., assorbito dallo speciale obbligo nato dall'accordo e non più, contraddittoriamente, dall'imperfetta esecuzione del dovere legale. Si recupera così anche l'attributo della «volontarietà» dell'assunzione, perché se è vero che al cospetto di un ferito si è già obbligati a sollecitare i servizi sanitari in forza dell'art. 593 c.p., non per ciò si è costretti a farsi carico direttamente della sua assistenza in luogo del personale qualificato e su diretta richiesta dello stesso infermo⁵⁵.

⁵³ In passato, ma l'opinione è ormai superata, parte della dottrina ammetteva come fonte dell'obbligo impeditivo lo stesso art. 593 c.p., in aderenza alla Relazione del progetto definitivo al codice, II, p. 395.

⁵⁴ V. ancora, LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 293 s. Nella manualistica, PELLISSERO, *Reati omissivi*, in *Manuale di diritto penale*, C.F. GROSSO (a cura di), Torino 2013, p. 233.

⁵⁵ Infatti solo il titolare dell'interesse da proteggere o un precedente garante possono validamente costituire o trasferire per contratto una posizione di garanzia: GRASSO, *Il reato*, cit. p. 264; FIANDACA, *Il reato*, cit., p. 186 s.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 326 s., la quale, tuttavia, ravvisa la ragione di tale limitazione nella necessità che siano trasferiti al garante derivato i poteri giuridici necessari per l'efficace protezione del bene. L'opinione contraria di ROMANO, *Art. 40*, cit., p. 389, seguita nella manualistica da PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 170 e che riconduce la stipula del diverso contraente allo schema del contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.), trascura a nostro avviso di considerare, da un lato, la provvisoria degli effetti che un tale contratto produce fino alla dichiarazione del terzo di volerne profittare, posto che lo stipulante, nelle more, può revocare la disposizione (e il terzo rifiutarla); dall'altro, che la dimensione penalistica del fenomeno pretende non tanto l'oggettiva presa in carico, bensì un affidamento protettivo in capo al beneficiario (mancante in caso di omessa comunicazione al terzo: v. nota successiva).

Nel nostro caso, ad esempio, si potrebbe immaginare che la vittima, ancora cosciente nelle fasi successive al ferimento, si sia affidata consapevolmente alle cure degli imputati, onde così proteggere il responsabile dello sparo dai riflessi lavorativi dell'accaduto. Solo la bilateralità può giustificare il conferimento a costoro di una posizione di garanzia, la quale, peraltro, troverebbe copertura anche in ottica funzionale: si può infatti sostenere che, come nello scolastico esempio della guida alpina, l'intervento dei garanti accentuò a quel momento l'esposizione a pericolo del bene da proteggere, inducendo il giovane ferito a non attivare istanze di protezione alternative⁵⁶.

Pur manipolata in questi termini la vicenda, non senza qualche evidente forzatura, la ricostruzione non manca di sollevare perplessità. L'ipotizzato accordo, secondo il diritto privato, sarebbe senz'altro rescindibile⁵⁷ se non addirittura annullabile⁵⁸ o nullo per l'indisponibilità del bene negoziato o per immeritevolezza o illiceità della causa retrostante⁵⁹. E si tratterebbe di contratto dall'efficacia non *traslativa*, ma *costitutiva* di una posizione di garanzia, con conseguente soggezione alla nota critica di distribuire in tal modo poteri d'incriminazione in capo a soggetti privati, cui verrebbe delegata l'arbitraria facoltà di individuare i destinatari dei precetti penali⁶⁰.

⁵⁶ In aggiunta all'assunzione di fatto, si richiede che l'affidamento protettivo generi, sul piano materiale, un maggior pericolo per il bene o la rinuncia all'adozione di cautele alternative: v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 649; FIANDACA, *Il reato*, cit., p. 183 s., ove si abbandona l'espressione "contratto" in favore di "assunzione consensuale", per porre l'accento sull'irrelevanza del dato formale; GRASSO, *Il reato*, cit., p. 276, che ritiene il presupposto indispensabile per la formazione dell'assunzione unilaterale ex art. 2028 c.c., superfluo per il caso di bilateralità. Nella dottrina straniera, LASCURAÍN, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2012, p. 110 s., che riconduce all'ingerenza (in Spagna come in Germania fonte tradizionale e consuetudinaria di doveri di garanzia) la genesi di pericoli prodotti mediante l'eliminazione di meccanismi di protezione per la vittima, tra i quali "un atto iniziale del soggetto con un significato obiettivo di protezione che può ragionevolmente comportare l'inibizione di mezzi di protezione alternativi" (ad es. un medico che promette al ferito che lo assisterà, inibendo così la ricerca di altro medico). L'A. avverte però che l'argomento non può giustificare l'automatica conversione del dovere di soccorso in dovere di garanzia; altrimenti, il bagnante che inizia il soccorso del naufrago diverrebbe garante a causa dell'effetto inibitorio che una tale attività genera, inevitabilmente, sugli altri bagnanti obbligati.

⁵⁷ Per stato di necessità noto alla controparte (art. 1447 c.c.).

⁵⁸ Per incapacità naturale del disponente (art. 428 c.c.).

⁵⁹ Infatti il ferito avrebbe consentito al probabile aggravamento delle proprie condizioni di salute, con il rischio persino di morire, onde preservare un interesse egoistico del garante istituito. Una nullità, dunque, per illiceità della causa nonché - parrebbe - dell'oggetto, dal momento che Vannini avrebbe disposto della propria integrità psico-fisica in violazione dell'art. 5 c.c.

⁶⁰ V. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 186, per il quale le teorie formali finiscono per abbattere le barriere della stessa legalità attribuendo al privato il potere di

La tesi si rivela quindi problematica in fatto e in diritto, ma in misura minore rispetto all'opaca variante unilaterale, considerando peraltro che per la *communis opinio* da un contratto invalido può a certi limiti discendere, cioè costituirsi per volontà del titolare del bene esposto a pericolo, un valido obbligo impeditivo *ex art. 40 cpv. c.p.*

5.4 La posizione di garanzia individuale: la custodia dell'arma e la precedente attività pericolosa. La precedente analisi ha restituito il seguente risultato: fuori da letture prettamente materialistiche della posizione garanzia, la fonte negoziale appare l'unica in grado di fondare obblighi impeditivi in capo a quanti, in difetto, rivestirebbero la sola qualifica di soggetti attivi del reato omissivo proprio (art. 593 c.p.).

Va ora verificata l'eventuale ricorrenza di un obbligo protettivo "individuale" gravante sull'autore dello sparo. Ma prima una premessa.

La soluzione della Cassazione, che radica collettivamente una posizione di garanzia in capo a tutti i protagonisti della fase successiva al ferimento del giovane, implica, da una parte, il riavvicinamento delle posizioni di tutti costoro, dall'altra, il superamento dell'eccezione del dolo *subsequens*, perché l'autore dello sparo risponderebbe come gli altri del reato omissivo improprio.

Tuttavia, a ben vedere, a conclusioni non dissimili si giunge anche individuando nel responsabile dello sparo il garante esclusivo del bene a rischio. Anche in tal caso il dolo ipotizzato non sopraggiunge, ma copre l'omissione; mentre i coimputati, pur sforniti della qualifica soggettiva attribuita al garante, nondimeno concorrono nel fatto di costui e, secondo principi generali, rispondono allo stesso titolo⁶¹.

Si giunge cioè al risultato auspicato dalla Cassazione, ma per vie traverse.

Chiarito dunque che le conseguenze della posizione individuale non sono diverse da quelle estraibili dal profilare una posizione congiunta, va esaminata

estendere a sua discrezione la portata di una norma penale, posto che l'obbligo giuridico di attivarsi, la cui trasgressione integra il modello di tipicità, può ripetere la sua giuridicità anche da fonti privatistiche. Più di recente, F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 345, ammette invece la posizione costituzione *ex novo* in quanto espressione della facoltà di autotutela del titolare del bene: i diritti personali e patrimoniali che competono all'individuo comprendono, infatti, anche la facoltà di tutela preventiva e attuale degli stessi, auto ed eterodifensiva. Nega recisamente la validità della fonte negoziale, in funzione sia costitutiva che traslativa, CAMAIONI, *Trasferimento e successione*, cit., p. 1628 s (§§ 2-3).

⁶¹ Se consapevoli della qualifica, secondo l'art. 110 c.p. L'art. 117 c.p., infatti, viene in rilievo in via sussidiaria per il caso di ignoranza del concorrente in ordine alla condizione soggettiva dell'*intraeus*.

una prima ipotesi: quella dell'obbligo di garanzia derivante dalla custodia dell'arma. Il dato non affiora nel processo, ma non sembra pretestuoso: il custode di un'arma da fuoco è titolare di una posizione di controllo, rappresentando l'arma una fonte di pericolo per i terzi⁶². Dietro alla condotta colposa potrebbe allora celarsi la violazione di un dovere di garanzia.

La prospettazione è intrigante ma nasconde le insidie della semplificazione. Il dovere di garanzia gravante sul custode dell'arma mira infatti a prevenire i pericoli connessi all'uso della stessa e non si estende alle condotte successive. A meno di non sostenere che la finalità di garanzia della custodia dell'arma copra fatti molto lontani nel tempo, il sentiero si rivela più impervio del previsto.

E in effetti la posizione «di controllo» in questione contempla obblighi di «sicurezza» che non includono l'obbligo di «salvataggio» del bene a rischio⁶³. L'adempimento dell'obbligo di sicurezza, in altri termini, esaurisce la portata del dovere tipico, che non si spinge sino ad imporre al trasgressore l'eliminazione delle conseguenze prodotte a causa dell'inosservanza precedente⁶⁴. Il garante deve certo assicurare la fonte di pericolo e ne risponde in caso di omissione; ma, una volta verificato l'evento pericoloso, la posizione di controllo non gl'impone adempimenti subordinati⁶⁵.

⁶² Dispone infatti l'art. 20 l. 18 aprile 1975, n. 110: «La custodia delle armi (...) deve essere assicurata con ogni diligenza nell'interesse della sicurezza pubblica».

⁶³ Per una puntuale demarcazione tra soccorso (*deber de socorro*) e salvataggio (*deber de aseguramiento*), anche in ordinamenti che accolgono l'ingerenza come fonte positivizzata di obblighi impeditivi, cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, cit., p. 707 s., ID, *Caso del cobertizo*, in *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ (a cura di), Madrid, 2011, p. 237 s.

⁶⁴ FIANDACA, *Il reato*, cit., p. 133: in caso di posizione di controllo, il compito del garante è principalmente rivolto a neutralizzare la concreta fonte di pericolo; la salvaguardia dei beni giuridici coinvolti si configura, invece, come un effetto riflesso dell'assolvimento del compito primario.

⁶⁵ V. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 323, che rinvia sul punto alla precisazione di SCHÜNE-MANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, p. 290. V. anche SANGENSTENDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern: zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung*, Frankfurt am Main - Bern - New York - Paris, p. 385-386, il quale parla di dovere limitato alla *canalizzazione* del pericolo, ma che non abbraccia l'*eliminazione* dello stesso una volta fuoriuscito dalla propria sfera di dominio. Soluzione opposta vale invece per le posizioni di protezione, che includono obblighi di «salvataggio», e in cui si ha deroga al principio di priorità della causalità attiva a favore della omissiva nei casi di mutato atteggiamento psicologico (es: madre che, ferito per imprudenza il figlio minore, intenzionalmente non lo porta al pronto soccorso). La deroga è giustificata dall'incongruenza di punire, altrimenti, in base al reato omissivo doloso solo il soggetto che non abbia creato con la propria azione la situazione di pericolo, v. sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 172-173. Lo stesso SCHÜNE-MANN avvisava del resto che nei casi di omesso soccorso la necessità di protezione è analoga a quella che si prospetta nei casi di effettiva intermediazione di un dovere di protezione (p. 291-292).

La violazione delle norme di cautela relative alla custodia dell'arma può insomma rilevare soltanto agli effetti dell'imputazione colposa.

Né può invocarsi quale fonte garantistica alternativa la c.d. "precedente attività pericolosa". Come già si è ricordato, questa fonte, pur tipizzata in altri ordinamenti, è stata oggetto di penetranti censure nel dibattito dottrinale italiano, che ne hanno sconfessato tanto il carattere formale, quanto il carattere omissivo⁶⁶. Tanto basta a eluderne l'esame in questa sede.

6. Azione vs omissione: l'ibrido della c.d. interruzione del decorso causale salvifico. Si è trattato sinora di obblighi di garanzia nella implicita assunzione che l'attività criminale successiva all'esplosione dello sparo configuri una "omissione". Non paiono dubitarne le sentenze di merito, mentre la Corte di legittimità conferisce espressamente valore di «omissione» ai contegni secondari successivi al ferimento del giovane. Sostiene in particolare la Cassazione che gli stessi si risolsero, ad una considerazione unitaria e nonostante l'intreccio tra condotte attive e omissive, nella «omissione di una tempestiva sollecitazione di utili soccorsi»⁶⁷.

⁶⁶ FIANDACA, *Il reato*, cit. 204 s.; GRASSO, *Il reato*, cit., p. 277 s.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 111 s.; nonché p. 293 s. (a proposito dell'atto unilaterale, che la riecheggia); F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2004, 1004; ID, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce del principio di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2001, 349; GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 625 s. V. tuttavia, da ultimo, M. MANTOVANI, *Prospettive attuali del fare precedente pericoloso*, in *Arch. Pen.*, 2, 2020, che così riassume le censure rivolte alla figura dalla prevalente dottrina: 1) difetto di una fonte legale espressa; 2) scarso utilizzo giurisprudenziale; 3) legame con logica del *versari*, dandosi rilievo ad un inammissibile dolo *subsequens*; 4) indice tratto dalla fattispecie di omesso soccorso stradale (art. 133, comma 2, CdS, oggi 189 commi 7 e 8 Cds), che dispone il concorso di reati in caso d'incidente dovuto a colpa. L'A. replica a queste critiche adducendo che: 1) la fonte legale può essere rinvenuta nell'art. 2043 c.c. (*neminem laedere*); 2) la prassi giurisprudenziale recepisce la figura in specifiche costellazioni di casi; 3) la rilevanza del *versari* e del *dolus subsequens* sembra scongiurata dalla presenza di fattispecie atte ad assegnare un diverso inquadramento alle ipotesi in questione (per es. l'omicidio preterintenzionale nel noto caso dell'impastatrice); 4) l'omesso soccorso stradale si limita a circoscrivere la portata dell'ingerenza in uno specifico ambito; 5) l'assunzione volontaria, ammessa dai suoi contestatori, vale nei fatti ad attribuirle quella rilevanza negata in via di principio.

⁶⁷ § 5 sentenza di legittimità. In particolare, la Cassazione ammette che le omissioni «si combinarono a porzioni di condotte attive, tra le quali assunsero particolare importanza il rendere false informazioni agli operatori sanitari su quanto realmente accaduto, dopo aver provveduto a sciacquare la ferita e vestire Marco Vannini in modo da far cessare la perdita di sangue ed occultare la ferita». Tuttavia, la Corte afferma che «ad una considerazione unitaria di quel tratto di condotta, la cifra unificante del ritardo nelle chiamate e delle menzogne agli operatori sanitari fu proprio l'omissione di una tempestiva sollecitazione di utili soccorsi». Sicché le false informazioni furono «un modo per restare inerti e per non dare corso ad

Occorre ora verificare la fondatezza di un simile assunto, specie alla luce delle false informazioni riferite dai protagonisti della vicenda agli operatori sanitari⁶⁸. Ci si può chiedere infatti se l'interruzione attiva dell'altrui *decorso causale salvifico* debba o meno equivalere all'omessa interruzione di un *decorso causale letale*. Se, in altri termini, chi impedisca al soccorritore di «soccorrere», con violenza, minaccia o inganno, ponga in essere una condotta «attiva» ovvero «omissiva».

Il quesito, che non sembra tormentare la dottrina italiana⁶⁹, costituisce l'oggetto di taluni studi stranieri⁷⁰. N'è soluzione pressoché concorde che l'«interruzione dell'altrui opera soccorritrice» debba qualificarsi come «azione», a dispetto della struttura ipotetica del relativo giudizio di causalità⁷¹. Si pensi al classico esempio del casellante il quale, impedito da terzi, ometta di abbassare le sbarre del passaggio a livello, provocando così un incidente ferroviario. O al naufrago che, non sapendo nuotare, sta per affidarsi al salvagente lanciafiume da un soccorritore, ma invano, perché un passante si getta in mare per sottrarglielo. Siamo in entrambi i casi dinanzi a condotte che interrompono l'azione soccorritrice altrui, la quale, a sua volta, interferisce con un processo causale letale. La lesione ha infatti una sua causa esterna; essa stava per essere neutralizzata, ma una condotta umana ne ha «impedito l'impedimento» (c.d. *double prevention*).

Di quanto il tema si avvicini alla fattispecie esaminata non si coglie tanto in questi esempi scolastici, i quali ripercorrono lo stesso spartito, utile a fini didattici, di una azione materiale che altera una normalità causale prevedibile nel suo sviluppo successivo. Il metodo casistico con cui si suole illustrare la materia oscura infatti le molte variabili riconducibili allo schema della c.d. *double prevention*, individuabili in contropiede a partire dai suoi elementi essenziali: una

una tempestiva richiesta dei soccorsi che, invece, avrebbero potuto efficacemente intervenire».

⁶⁸ E delle quali si fa autonomo riferimento nella sentenza di legittimità, v. nota precedente.

⁶⁹ Accennano al tema FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 656-657 e LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 319-320;

⁷⁰ Per la maggior parte di lingua tedesca e spagnola, v. per tutti GIMBERNAT ORDEIG, *Una tercera forma de realización del tipo: la interrupción de cursos causales salvadores*, in *CENIPEC*, 2006, 365 s., trad. it *Una terza maniera di realizzare il reato: l'interruzione di serie causali di salvataggio*, in *Studi in onore di Marinucci*, Milano, 2006, II, p. 1545 s., e bibliografia ivi riportata; ID., *La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, LIII, 200, p. 29 s.

⁷¹ Per l'isolata opinione per cui si tratta comunque di omissione impropria, v. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, cit., p. 216 s.

condotta interruttiva di un fattore salvifico che, a sua volta, avrebbe interrotto un decorso causale lesivo⁷².

Se questa è l'ossatura minima del fenomeno, notiamo che i fattori salvifici coinvolti possono essere indistintamente *umani* o *naturali*: un salvagente al naufrago può essere offerto tanto da un bagnino quanto da una favorevole corrente marina⁷³. Lo stesso deve dirsi con riferimento al decorso causale lesivo: il naufrago, per senso etimologico, è tale perché vittima del fracasso accidentale di una nave, ma un individuo può trovarsi nelle stesse condizioni anche perché gettato in mare da qualcuno.

Secondo le note premesse dogmatiche, inoltre, i due decorsi causali - l'uno lesivo e l'altro salvifico, l'uno reale e l'altro ipotetico - possono presentarsi con un variabile tasso di probabilità statistica, anche in virtù dell'eventuale indole psicologica dell'azione interruttrice. Si pensi al caso, realmente accaduto, della donna che ingerisce acido muriatico con intento suicida, ma manifesta poi al marito la volontà di sopravvivere. L'uomo asseconda tale volontà, richiedendo l'urgente intervento di un medico ma, poi, raccogliendo l'occasione di ereditare il patrimonio della facoltosa sposa, racconta al sanitario giunto ad assisterla che ella aveva immediatamente espulso il veleno dalla bocca, mostrandogli le tracce sul pavimento, sino a convincerlo che l'ingestione era stata minima e non fosse necessario il ricovero in ospedale. Si verifica così il decesso della donna, a causa della intossicazione⁷⁴.

Il caso, pur inquadrato dalla giurisprudenza spagnola nella comoda categoria della commissione mediante omissione⁷⁵, è stato letto da autorevole dottrina

⁷² Per questa critica di metodo, cfr. LERMAN, *Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados*, in *Lecciones y Ensayos*, 2014, 93, p. 131 s.

⁷³ Reputa, al contrario, che lo studio del fenomeno debba essere limitato alle azioni soccorritrici di terzi, WINTER, *Der Abbruch rettender Kausalität*, Frankfurt, 2000, p. 9.

⁷⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Una tercera forma*, cit., p. 374-375 (2. A).

⁷⁵ Va infatti ricordato che l'espressione "commissione mediante omissione" si presta più di altre ad isolare le tesi che scorgono nell'omissione impropria una mera forma di manifestazione del reato commissivo. Concezioni che, tuttavia, sono ormai unanimamente respinte nella giurisprudenza e nella dottrina italiane, anche perché condizionate, nella loro scaturigine, dalla contingente assenza di clausole analoghe all'art. 40, comma 2, c.p. In Germania ne sono stati pionieri NAGLER, *Die Problematik der Begheug durch Unterlassen*, in *Der Gerichtssaal*, 1938, p. 61 e MAYER, *Strafrecht*, All. Teil, Stuttgart, 1967, p. 81. Pare del resto che proprio l'originaria mancanza di clausole di equivalenza nella parte generale abbia favorito fuori dall'Italia la tendenza, da una parte, ad accantonare le differenze tra azione e omissione in favore di macroconcetti omnicomprensivi, primo fra tutti il «dominio» scheumanniano, di cui si ha eco in Italia nell'impostazione di FIANDACA («signoria») e in Spagna, specialmente, in quella di GRACIA MARTIN, *La Comisión por Omisión*, 2004, p. 133 («dominio sociale»). Dall'altra, ad includere l'omissione impropria

come ipotesi emblematica di «interruzione dell'altrui decorso causale salvifico». Secondo questa tesi, tuttavia, non si tratterebbe né di azione (perché la donna non morì a causa di un movimento corporale produttivo del decesso), né di omissione (perché il marito non si limitò a rimanere inattivo al cospetto dell'autoavvelenamento). Piuttosto, ci troveremmo innanzi a una *terza e distinta forma di realizzazione del tipo*. Questa forma di realizzazione, ancipite e complessa, integrerebbe il delitto commissivo soltanto se commessa *contro un garante* (es: il passante nei confronti del medico) ovvero, in ogni caso, *da parte di un garante* (es: il marito nei confronti del passante)⁷⁶.

Le singolarità di questa forma di realizzazione sono indubbie. Sul piano della causalità, essa rassomiglia all'omissione, per la natura ipotetica del relativo giudizio: l'agente, infatti, ostacola l'altrui soccorso sino a comprometterne la riuscita, cosicché ci si dovrà pur sempre interrogare se tale azione, ove compiuta, avrebbe o no scongiurato l'evento⁷⁷. Si spiega allora perché, sulle orme della *formelle Rechtspflichtlehre*⁷⁸, la dottrina citata surroghi il difetto di causalità reale richiedendo la posizione di garanzia quantomeno in capo al soggetto la cui azione salvifica è impedita.

Ad allontanare tale condotta dall'omissione sta però la considerazione che, chi interrompe l'altrui opera soccorritrice pone in essere un comportamento naturalisticamente attivo, mentre ad «omettere» è semmai lo stesso soccorritore costretto od ingannato.

La nostra opinione al riguardo è che non si possa condividere né l'affermazione

nell'area di tipicità del reato causalmente orientato, nel segno della riscontrata «corrispondenza» tra azione e omissione. Si comprende allora perché la «commissione mediante omissione» goda ancora di favori in diversi ordinamenti. La clausola estensiva di cui all'art. 11 del nuovo codice penale spagnolo del 1995, ad esempio, discorre - riecheggiando la «corrispondenza» (*einstehen*) di cui al § 13 StGB - di una omissione che equivale all'azione «secondo il tenore letterale della Legge». Da qui l'opinione per cui il predetto art. 11 non svolgerebbe alcuna funzione incriminatrice, colmando piuttosto una lacuna in punto di determinatezza-tassatività: v. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en derecho penal*, Valencia, 2006, p. 676 s.; ID, *Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 cp como cláusula interpretativa auténtica*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, 2 (extraordinario), p. 179 s.

⁷⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Una tercera forma*, cit., p. 392 s.

⁷⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia*, cit., p. 46, per il quale come nei reati omissivi impropri nella interruzione di decorsi causali salvifici non si ha relazione di causalità tra l'azione produttiva dell'inerzia e il risultato prodotto.

⁷⁸ Secondo il tradizionale insegnamento feuerbachiano, v. sul punto SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 18 s, nonché FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 3 s. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Comisión por omisión y principio de legalidad*, cit., 287, nota 14, per cui la relazione fisico-meccanica è la stessa che nell'omissione: impedire che abbia luogo una condizione impeditiva del risultato.

roxiniana⁷⁹, seguita da numerosi autori, per cui si tratterebbe sempre e comunque di una «azione»; né la riferita ricostruzione che vi scorge una terza forma d'integrazione del tipo.

La distinzione tra azione e omissione⁸⁰ non va infatti declinata in senso fisico, come ormai da molte parti si accetta, ma attraverso i criteri della natura del precetto violato⁸¹ e della dimensione del rischio⁸²: se la complessiva condotta tenuta dal soggetto viola un «divieto» di agire con il risultato d'immettere un nuovo fattore di rischio per il bene giuridico, ricorrerà una «azione»; viceversa,

⁷⁹ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 2006, §11 n° 34; ROXIN, *Strafrecht AT I*, 3ª ed., 1997, § 11 n. m. 22. Secondo l'A. nella causalità commissiva i processi causali ipotetici sono generalmente irrilevanti, là dove l'eccezione alla regola generale è per l'appunto rappresentata dalla rottura di un decorso salvifico.

⁸⁰ Sull'assunto della sua concluzione e, dunque, contro le proposte unitarie della teoria causale di BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 9, della teoria finalistica di WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 1949, 33 s., delle teorie sociali, v. JESCHECK-WEIGEN, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, 223 s., nonché delle teorie normativiste facenti capo al pensiero di JAKOBS.

⁸¹ Nell'ambito del reato colposo, adottano il criterio normativo della natura della regola cautelare violata, ROMANO, *Pre art. 39/31-34*, cit., p. 313 s.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 54 s.; CADOPPI, *Il reato omissivo*, I, Padova, 1988, p. 151 s.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 90 s.; NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4298 s, con ampie considerazioni in ordine al valore dei precetti considerati. Nota è invece l'affermazione di ENGLISH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, p. 29, per cui l'azione, a differenza dell'omissione, è esplicazione di energia in una determinata direzione.

⁸² In funzione di correttivo al criterio del precetto, non sempre di agevole intellegibilità, cfr. ROMANO, *ult. op. cit.*, p. 314, per cui si avrà un'omissione quante volte, pur in presenza di un fare alterativo, le cose procedano per conto loro, senza peggioramento della situazione per il bene protetto, mentre si avrà azione quando il fare alternativo abbia condotto a un maggior pericolo per il bene medesimo. Sulla stessa falsariga, AMARA, *Fra condotta attiva ed omissiva, nuovi criteri e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, cit., p. 2793 s., che utilizza il criterio integrativo della c.d. "reale efficacia condizionante" in base al quale occorre verificare se l'evento dipenda o meno da una modificazione del decorso eziologico dovuta alla condotta dell'agente. Il criterio causalistico, ivi definito "ontologico", è determinante anche in RAMPONI, *Concausa antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 577, il quale ne riconosce il generale accoglimento, pur nella varietà delle sfumature. Discorre, in effetti, dello stesso criterio BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass. pen.*, 2010, 12, p. 4329 s. Di recente, sempre in ottica causale, PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances"*, in *Arch. Pen.*, 2018, 2 (web), p. 23-24. Nell'ambito della responsabilità medica, si parla di azione quando si introduce nel quadro clinico del paziente un nuovo fattore di rischio e di omissione, invece, quando la condotta non contrasta un rischio preesistente, v. VIGANO, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, p. 962. Dall'esame della dottrina riportata emerge un dato: azione e omissione non sono assoluti, realtà ontologiche prequalificate, giacché nulla è autenticamente inerte. Si tratta piuttosto di categorie penalistiche, di concetti normativi che, nello specifico settore dei reati a forma libera, paiono correlarsi strettamente alle modalità di produzione dell'evento e al meccanismo d'imputazione dello stesso.

avrà valore di «omissione» la condotta di chi si limiti a non contrastare un fattore di rischio già presente nella situazione di riferimento, contro un «comando» che lo obbligava ad intervenire⁸³.

Calata sulla casistica del «doppio impedimento», la distinzione si atteggia nel modo seguente: se l'azione di salvataggio non è ancora stata messa in campo, se il salvagente non è stato lanciato, se il medico non è mai stato in grado di apprestare strumenti di soccorso efficaci allora il rischio di lesione non si è mai attenuato: dunque non deriva dalla «azione» interruttrice dell'agente. Al contrario, se *l'azione di salvataggio è già in corso*, il soggetto che la interrompe riespone il bene all'originario fattore di rischio, il che equivale a mutarne *qualitativamente* la dimensione: il soggetto «agisce» e non «omette»⁸⁴.

⁸³ Sembra adottare questo criterio LEONCINI, *L'obbligo*, cit., p. 319; 349-350. Tuttavia, l'A. cita altrove (p. 338) due esempi: l'allontanamento volontario di eventuali soccorritori da parte dell'agente con il proposito di lasciar morire dissanguato il ferito (*i.e.*, un impedimento dell'altrui decorso salvifico) e il trasporto in ospedale dello stesso ad andatura lenta e allungando il tragitto per ottenere il medesimo risultato (*i.e.*, un impedimento di un decorso salvifico proprio). E ritiene trattarsi in entrambi i casi di omicidio doloso mediante azione. Se è condivisibile il rifiuto dell'inquadramento come omissione impropria, la soluzione offerta nel senso del comportamento attivo non appare del tutto congruente con il criterio generale proposto (v. nota successiva).

⁸⁴ La distinzione riflette il binomio salvataggio reale/salvataggio potenziale. Cfr. GIMBERNAT, *Una tercera forma*, p. 371, il quale descrive il suddetto criterio attraverso due esempi: chi lancia il salvagente al naufrago e poi lo ritira, se non v'è stato impossessamento, omette il soccorso; mentre se il naufrago l'ha già afferrato, il soccorritore, ritirandolo, realizza un comportamento attivo. L'A. critica così la tesi di ROXIN per il quale, al contrario, occorre guardare al momento in cui il salvagente sia più o meno "vicino" al naufrago. Pur nella complessità della questione, pare si possa aderire alla soluzione di GIMBERNAT, se non altro perché offre un criterio più affidabile: per aversi «azione» in senso tecnico il rischio deve mutare *qualitativamente*, ossia risultare "nuovo" agli occhi dell'osservatore, perché il mero incremento quantitativo, potendo correre su scale centesimali, può prestarsi a distorsioni. Pertanto, soltanto l'interruzione di un soccorso già efficace può corrispondere normativamente ad una azione. In proposito, v. altresì LERMAN, *Sobre el criterio de distinción*, cit., p. 134 s., il quale fa notare che, predicata l'indifferenza della fonte soccorritrice, ne viene che anche l'azione di soffocamento effettuata servendosi di una busta di plastica - la quale non permette all'aria di "salvare" l'asfissiato - può leggersi come interruzione di un decorso salvifico esterno. La vita è del resto bene permanentemente messo in pericolo e permanentemente "salvato" da fattori che, in condizioni di normalità, restano a disposizione del soggetto passivo (l'aria, l'acqua, il cibo). Da qui la sostanziale arbitrarietà della distinzione tra commissione e "doppio impedimento". Respingendo i criteri del "rischio abituale" e dei "bisogni caratteristici del bene", l'A. conclude che l'elevata probabilità di successo di un salvataggio "in corso" permette di equiparare il doppio impedimento alla commissione attiva, ove, infatti, le probabilità di successo sono "certe" (si pensi ancora all'aria nell'esempio del soffocamento). E tuttavia si ricorre, per descrivere un esempio di salvataggio "in corso", all'immagine di un salvagente che "sta per arrivare" ("*salvavidas que le está por llegar y necesita para no ahogarse*"). Che si tratti di riferimento intenzionale è confermato dal fatto che, più avanti, l'A. precisa che il principio d'affidamento rende irrilevante se il salvataggio sia già iniziato ovvero da iniziare

Se ne ricava l'inopportunità di ricorrere all'elaborazione dottrinale in questione al fine di eludere le criticità che possano presentarsi sul versante della posizione di garanzia, quantomeno in presenza della situazione tipica descritta dall'art. 593, comma 2, c.p. Infatti, se il soggetto obbligato al soccorso non ostacola una azione di salvataggio adeguata alle circostanze del caso concreto, perché, in ipotesi, non sollecita l'intervento del soccorritore qualificato ovvero non lo raggiunge in ordine alle reali cause del pericolo, la sua condotta presenta gli inequivoci caratteri dell'omissione.

Questa conclusione è però esatta soltanto se riguardata sotto il profilo della fattispecie monosoggettiva causalmente orientata. Il discorso cambia, invece, se si allarga il campo d'indagine alla fattispecie plurisoggettiva eventuale.

6.1 (Segue) Le potenzialità repressive della fattispecie plurisoggettiva eventuale. L'elaborazione dottrinale in materia di interruzione di decorsi salvifici altrui nasce in ordinamenti che, almeno in origine, non dispongono di clausole aperte come gli artt. 40 cpv. e 110 c.p. Sicché il tema viene solitamente illustrato non distinguendo tra cause umane e naturali, né tra contributi materiali o morali, ma dalla sola ottica dell'imputazione dell'evento. Il baricentro di tali discussioni rimane così la tipicità monosoggettiva della fattispecie di parte speciale e i suoi diversi e sotterranei meccanismi di ascrizione. Coloro che sono fedeli alla tradizione teorica del naturalismo causale, sono costretti ad individuare nella *double prevention* una eccezione alla regola generale, ovvero a ravvisarne il surrogato imputativo nella posizione di garanzia. Muovendo, invece, da premesse normativiste, è agevole individuare nell'«impedimento dell'impedimento» la violazione di un dovere negativo attinente alla propria sfera di organizzazione⁸⁵.

e, parimenti, se il soccorritore rivesta o meno la qualifica di garante: si tratta in ogni caso di doppio impedimento equivalente alla commissione attiva, posto che ciascun consociato è autorizzato a fare assegnamento sull'altrui osservanza del dovere di soccorso (per un argomento simile, ma da una visuale garantista v. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, Bologna, 1997 p. 454-455; F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 544). Deve segnalarsi, tuttavia, che il lavoro si occupa dei criteri discretivi tra commissione e doppio impedimento, non già tra azione e omissione, distinzione, quest'ultima, invece affidata al sostrato dinamico-corporale, come in GIMBERNAT. Da qui i limiti di ricostruzioni che nascono, in premessa, fisico-ontologiche, per poi divenire normative con riguardo a casi eccezionali – e ciò oltre alla perplessità dell'uso dell'affidamento come rimedio e occultamento del difetto di causalità materiale.

⁸⁵ Da quest'ottica la condotta di doppio impedimento non è altro che una condizione *negativa* del risultato,

Simili divagazioni appaiono tuttavia estranee alla mentalità del nostro codice, che, se da una parte accoglie un'idea naturalistica di causalità materiale come criterio d'imputazione dell'evento rispetto alla condotta commissiva (art. 41 c.p.), dall'altra adotta un formidabile meccanismo di estensione della tipicità, composto non da una, ma da ben due clausole generali destinate a intessersi tra loro: gli artt. 40 cpv. e 110 c.p. Il giurista italiano non può allora che cogliere nelle impostazioni dottrinali sopra citate la costante obliterazione del modello concorsuale come paradigma alternativo d'incriminazione.

E in effetti nella nostra esperienza giuridica il c.d. «impedimento dell'altrui opera soccorritrice» pare possa leggersi nei termini di contributo attivo nel reato omissivo, piuttosto che come problematico criterio d'imputazione della fattispecie monosoggettiva di parte speciale. Non per niente la condotta interruttiva, paralizzando l'opera di soccorso altrui, agevola in misura determinante il reato omissivo dello stesso soccorritore, che è obbligato, se garante, dall'art. 40 cpv., o sennò dall'art. 593 c.p.

Tornando per un attimo al caso in commento, utile banco di prova di quanto appena osservato, ci si avvede che l'operatore sanitario tratto in inganno in ordine all'eziogenesi del malessere del ferito potrebbe aver compiuto, sul piano obiettivo, un fatto di reato⁸⁶. Risulta infatti che, invece di essere trasportato d'urgenza in ospedale per il necessario intervento chirurgico, il paziente è stato condotto presso un ambulatorio di pronto intervento, struttura del tutto inadeguata a trattare feriti di quel genere.

La ragione dell'ovvia non punibilità del sanitario sta nel fatto che il suo errore è incolpevole, in quanto determinato dall'altrui condotta decettiva. Lo schema coincide con quello descritto dall'art. 48 c.p., il quale, per concorde opinione,

con la conseguente natura ipotetica del relativo giudizio di causalità: v. GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia*, cit., p. 40 e bibliografia ivi riportata. Per una sintesi esplicativa della natura fenotipica della dicotomia azione-omissione, JAKOBS, *Theorie and Praxis der Ingeretz*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1999, LII, p. 17 s. Va ricordato peraltro come la corrente normativista, spogliando la causalità penale di attributi naturalistici, legga sovente lo stesso reato omissivo improprio come forma di manifestazione del reato commissivo (v. nota 75). Da qui la denuncia, da parte dei normativisti, di una dogmatica erroneamente "divisa", laddove invece il processo normativizzatore, anche rispetto al reato attivo, condurrebbe a ricostruire il tipo penale in modo necessariamente unitario: v. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, cit., p. 671 s.

⁸⁶ Nell'accezione oggettiva e belinghiana di *Tatbestand*. Per un approccio critico a tale accezione, che dà luogo alla moltiplicazione incontrollata della responsabilità penale assecondando esigenze repressive, v. di recente ESPOSITO, *La Cassazione ritrova il 'filo di Arianna' per il concorso di persone nel reato*, in *Cass. Pen.*, 2019, 10, p. 3551 s.

esemplifica un'ipotesi già raccolta dall'art. 110 c.p., ed applicabile anche ai reati omissivi impropri⁸⁷.

Può obiettarsi che in tal modo si recupera un incongruo concetto naturalistico di «azione» contro le premesse definitorie sopra richiamate, mutando il criterio per distinguere l'azione dall'omissione a seconda della fattispecie coinvolta. Tuttavia, l'«inganno» di cui parla l'art. 48 c.p. ha carattere attivo non perché tale ontologicamente, ma perché innova il quadro di rischio preesistente, rischio che, immerso nel tipo concorsuale, abbandona quale proprio referente valutativo l'«evento» della fattispecie monosoggettiva, sostituendolo con il «fatto» obiettivo nel suo complesso. E così il contributo del *deceptor* è attivo nella misura in cui è idoneo a mutare il c.d. rischio-reato e, cioè, se «agevola» l'omissione del garante. Se ne ricava che nella cornice della fattispecie concorsuale la natura commissiva del comportamento sta e cade insieme alla sua tipicità.

Dal punto di vista deontico, inoltre, la norma concorsuale vieta e non comanda, perché solo se costruita come «divieto» può fungere da cinghia d'incriminazione di comportamenti altrimenti atipici ovvero tipici ai sensi di fattispecie monosoggettive più tenui⁸⁸. E ciò a ulteriore riprova del suo rilievo necessariamente commissivo.

Non sembra dunque peregrino qualificare le false informazioni fornite al soccorritore istituzionale come un contributo «attivo» nel reato «omissivo», in quanto idonee a dirigere la potenziale azione salvifica verso esiti infruttuosi e purché, naturalmente, si compri che in assenza dei mendaci l'evento non si

⁸⁷ Cass., Sez. III, 8 novembre 1973, per cui è applicabile l'art. 48 c.p. quando taluno si renda responsabile di un'omissione nella falsa opinione, determinata dall'artificio altrui, di non aver alcun obbligo di rendersi attivo. V. anche Cass., sez. V, 28 settembre 2017, n. 57706, in *Deiure*, per cui l'assoluzione per difetto dell'elemento soggettivo in capo al concorrente "intra-neo" nel reato proprio non esclude di per sé la responsabilità del concorrente "estra-neo", che resta punibile nei casi di autorità mediata di cui all'art. 48 c.p., e in tutti i casi in cui la carenza dell'elemento soggettivo riguarda solo il concorrente "intra-neo".

⁸⁸ Non potrebbe invece profilarsi un ipotetico "concorso omissivo nel reato omissivo improprio", specie nelle situazioni in cui si impone al concorrente un dovere di soccorso. Nell'ottica dell'art. 593 c.p., infatti, l'azione ingannatoria costituisce nient'altro che una forma d'inadempimento, al pari dell'inerzia assoluta. Se ne perde così il disvalore specifico e l'idoneità a modificare il quadro di rischio indirizzando i sanitari verso scelte terapeutiche errate. Scelte che sarebbero forse state compiute anche nella totale carenza di informazioni in ordine all'eziogenesi del malessere; ma tale aspetto non altera il carattere attivo della condotta ingannatoria, mettendone piuttosto in discussione la concreta forza agevolatrice e con essa il rilievo concorsuale da cui quel carattere dipende. Ne esce per il resto confermata l'impossibilità di un "contributo omissivo nel reato omissivo", poiché la partecipazione ad un reato omissivo richiede gioco-forza un contributo attivo, morale o materiale: v. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 518-519

sarebbe verificato⁸⁹.

Ciò che insomma sotto la lente normativizzata dell'omissione di soccorso costituisce un irrilevante *aliud facere* contrario al dovere legale, nell'ottica della fattispecie plurisoggettiva può invece presentarsi come comportamento attivo, siccome causa efficiente dell'omissione del garante. Imboccando una strada alternativa permessa dalla duttilità del nostro sistema, si giunge così alle stesse conclusioni di chi altrove immagina una terza forma di realizzazione del tipo, ma affrancati dalle incertezze che, se accolta, solleverebbe una così estrosa e innovativa categoria dogmatica.

7. Conclusioni. La vicenda giudiziaria in epigrafe interroga lo studioso sulla tenuta concettuale e garantistica di taluni capisaldi della materia. Nozioni di frequente uso come condotta, azione, omissione, dovere di soccorso e obbligo di garanzia, dietro alla loro apparente affidabilità teorica si rivelano mezzi di lavoro tuttora misteriosi e incerti.

L'analisi ha trattato di due singole questioni che, pur oscurate nella temperie mediatica, hanno costituito la porta d'ingresso del dolo eventuale, autentico dominatore della scena. Questo protagonista non avrebbe infatti potuto esibirsi se a ciò non fosse stato autorizzato da una silenziosa comparsa: la posizione di garanzia, grazie alla quale il grande attore ha potuto conquistare le luci del palcoscenico.

Il sipario che ne avrebbe impedito la *performance* era rappresentato dall'art. 593 c.p., disposizione dal notevole impatto sistematico. Essa preclude alla logica versaristica del dolo *subsequens* di penetrare clandestinamente nel sistema, per il tramite d'interpreti sospinti, qualora la disposizione mancasse, ad allungare la lista degli obblighi impeditivi. In base a detta logica, chi cagiona per colpa una lesione deve, per ciò solo, tentare di attenuarne le conseguenze o,

⁸⁹ Significativo un caso risolto negli anni '50 dalla Cassazione (Cass. pen., 29 aprile 1955, in *Giust. Pen.*, 1955, c. 937 s., con nota di BATTAGLINI, *L'obbligo giuridico di impedire l'evento*). Attiene al fatto di un negoziante che, azionando un impianto d'illuminazione, aveva folgorato più soggetti. La Suprema Corte ravvisò un omesso impedimento dell'evento lesivo, con conseguente responsabilità per omicidio colposo a carico del negoziante. Ma a BATTAGLINI sembra inapplicabile l'art. 40 cpv. c.p., venendo in considerazione una condotta colposa per azione diretta o, perlomeno, una cooperazione immediata con l'azione altrui. I lavori di illuminazione, infatti, erano stati affidati dal negoziante a elettricisti inesperti. Accenna alle incertezze giurisprudenziali in ordine alla distinzione tra «compartecipazione morale al reato» ed «omesso impedimento» del reato medesimo, SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 156 (che cita anche il caso menzionato: p. 135 nota 28). V. altresì - seppur nella contigua materia della successione nella qualifica di garante - GARGANI, *Ubi culpa*, cit., 649 s.

altrimenti, risponde *come se* avesse voluto la lesione iniziale, e cioè *come se* fosse stato sin dal principio garante del bene offeso. L'art. 593 c.p., insieme alla aggravante del comma 3, soffoca la tentazione del giudice: non venire in aiuto al malcapitato è *cosa diversa* dalla volontà di uccidere, come il dovere di soccorso è *cosa diversa* dall'obbligo di garanzia.

Ma la stessa logica versaristica ispira ulteriori finzioni. Un rapporto affettivo che si traveste da rapporto familistico di protezione, un rapporto di fatto che si traveste da gestione d'affari, da assunzione volontaria, oppure da contratto. Non vi è solo un'istanza politica di solidarietà che ne polverizza un'altra di legalità, ma la comprensibile esigenza di punire in modo esemplare il comportamento di chi privilegia una posizione lavorativa alla giovane esistenza di un uomo, ferito a morte per un proprio errore, e lasciato morire per cautelarsi.

Tale esigenza preventiva, tuttavia, non consente slittamenti e non giustifica la conversione di un obbligo di soccorso in obbligo di garanzia. La pur controversa categoria dell'omissione impropria, fuori da inattese riforme legislative, deve infatti subire una lettura costituzionalmente orientata, che respinga, come criteri materiali di imputazione, formule di stile come l'assunzione volontaria, la precedente attività pericolosa e simili, le quali né si rinvergono in fonti giuridiche, né esibiscono un contenuto sufficientemente prevedibile e determinato.

Sennonché conservare a distanza di quasi un secolo un codice penale di stampo autoritario significa disporre di un armamentario repressivo talmente efficiente, di una rete di contenimento talmente solida che assai spesso le pretese lacune di tutela che si sogliono indicare, anche solo sul piano sanzionatorio, si disbrigano nella scoperta di alternative. E così ciò che non poteva leggersi come omissione impropria per un vizio di forma, può forse diventare - ad un più attento esame in fatto e in diritto - un contributo concorsuale dalle analoghe proprietà afflittive, ma rispettoso di tutti i principi, perché la rete di contenimento è talmente elastica da presentare davvero poche falle⁹⁰.

Se una tale flessibilità repressiva si giustifichi ancora è tema che esula da questo contributo. L'auspicio, per il presente e per il futuro, è che essa possa almeno

⁹⁰ Se, come nota, FIANDACA, *Il reato omissivo*, cit., p. 102 s., 112, quando mossa da inclinazioni assolute la prassi giurisprudenziale mostra, nei casi ambigui, di privilegiare la forma omissiva su quella commissiva, avvalendosi del difetto formale di una fonte di garanzia; può allora forse dirsi lo stesso nel caso contrario: istanze repressive possono influenzare, lì dove risulti disagevole l'individuazione dell'obbligo impositivo, il ritorno all'«azione» in luogo dell'«omissione».

trovare una rigorosa perimetrazione nel sistema delle garanzie.