

EX NIHILO NIHIL FIT.
UNO STUDIO COMPARATISTICO SULL'INCERTO PANORAMA DELLA
COMISIÓN POR OMISIÓN

di Laura D'Amico
(*Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Messina*)

Sommario: 1. Introduzione - 2. Sintetiche premesse di carattere storico - 3. Riflessioni e sollecitazioni sulla sistematica dei reati omissivi - 4. Confini e limiti di *acción* e *omisión* - 5. I corollari della causalità omissiva: fra risultato, equivalenza, grado di probabilità e concreta possibilità di impedire l'evento - 6. Dall'obbligo giuridico di impedire l'evento all'*especial deber jurídico del autor* - 7. Il controverso rapporto tra il primo e il secondo comma dell'art. 11 del *codigo penal* - 8. Le fonti del dovere giuridico, con particolare riferimento all'*injerencia* - 9. Posizioni di protezione e di controllo: differenze e similitudini - 10. Riflessioni finali sulle tecniche di tipizzazione (impossibile?) del *non agere*.

1. Che dal semplice *non agere* possa scaturire una responsabilità penale è tema che da sempre occupa i dibattiti dottrinali di diversi ordinamenti. Un tema mai sopito, quello del reato commissivo mediante omissione¹, che genera incertezze applicative e critiche strutturali a diverse latitudini. Nonostante le molteplici soluzioni proposte circa l'interpretazione dei suoi elementi costitutivi, l'analisi dell'argomento in prospettiva comparatistica consente di rimettere in discussione i capisaldi della materia, indossando le lenti della critica costruttiva. L'ordinamento spagnolo², com'è

¹ Non sono mancate le voci dottrinali che siano arrivate perfino a riconoscere esclusivamente le categorie dei reati attivi e omissivi, senza spazio per una terza categoria declinabile in termini di commissione per omissione, potendo al più distinguere quattro tipologie di fatti: la partecipazione attiva al reato omissivo, l'*omissio libera in causa*, l'impedimento di atti di salvataggio di terzi e l'interruzione di trattamenti tecnici. Tale quadripartizione viene richiamata da J. Tavares, *Teoria dos crimes omissivos*, Madrid-São Paulo 2012, 298 ss., il quale richiama a sua volta C. Roxin, *Strafrecht*, AT, II, 2003, 600 ss. In particolare, sull'*omissio libera in causa*, v. anche E. Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Buenos Aires 2003, 90 ss.

² In generale sull'argomento M.Á. Núñez Paz, *Los delitos de omisión. Discusión histórica vigente en torno al "no hacer" desvalorado*, Valencia 2016; J. Rodríguez Mesa, *La Atribución de Responsabilidad en Comisión por Omisión*, Cizur Menor 2005; J.M. Lacruz López, *Comportamiento Omisivo y Derecho Penal*, Madrid 2004. Tra gli autori tedeschi tradotti in lingua spagnola C. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid 2016, 441 ss.; C. Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, II, *Especiales formas de aparición del delito*, Madrid 2014, 751 ss.; B. Schünemann, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid 2009; G. Jakobs, *Derecho penal*.

noto, fortemente influenzato dalla dogmatica tedesca³, costituisce un buon punto di partenza per (quantomeno tentare) di svolgere questo tipo di studio, stante la presenza di diversi punti di *contatto* ma anche di importanti punti di *distacco* rispetto all'ordinamento italiano⁴.

Prendendo le mosse dal dato letterale, ad esempio, emerge sin da subito l'attenzione ispanica per l'aspetto sintattico, ossia circa la possibilità di declinare il verbo tipico della condotta in termini omissivi⁵ e la natura transitiva del verbo "omettere": si omette sempre *qualcosa* che ci si aspetta⁶ dal soggetto interessato⁷. L'*Unterlassung bestimmten Inhalts* (l'omissione di contenuto determinato) di Beling costituisce, dunque, il concetto fondamentale della dogmatica omissiva e può essere

Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid 1997, 939 ss.

³ Sul tema del reato commissivo mediante omissione, nella manualistica tedesca sulla parte generale del diritto penale, U. Kindhäuser, T. Zimmermann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2024, 319 ss.; J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2023, 407 ss.; I. Puppe, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden 2023, 361 ss.; R. Rengier, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Monaco 2023, 497 ss.; M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 1997, 205 ss.; G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlino 1991, 775 ss. Ferma l'immensa letteratura tedesca sul tema, sia consentito in tal sede il rinvio a L. Berster, *Das unechte Unterlassungsdelikt. Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils*, Berlino 2014; W. Schöne, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung »unechter« Unterlassungsdelikte*, Colonia 1974; E. Gimbernat, B. Schünemann, J. Wolter, *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg 1995; G. Spindel, *Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte*, in *JZ*, 1973, 137 ss.; R.D. Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlino 1972; H.J. Rudolphi, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen 1966; N.K. Androulakis, *Studien zur Problematik der Unechten Unterlassungsdelikte*, Monaco 1963; G. Grünwald, *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, in *ZStW*, 1958, 412 ss.

⁴ Nella dottrina italiana, *inter alia*, circa i diversi profili dell'argomento, A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *RTrimDPenEc*, 2017, 508 ss.; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *RIDPP*, 1999, 32 ss.; L. Risicato, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *RIDPP*, 1995, 1267 ss.; G. Fiandaca, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *FI*, 1983, 27 ss. Nello specifico, sul tema della responsabilità omissiva nel contesto della protezione civile, C. Valbonesi, *Le posizioni d'obbligo penalmente rilevanti nel contesto della Protezione Civile*, in www.archiviopenale.it, 2021; A. Gargani, *La responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile tra passato e futuro*, in *disCrimen*, 24.6.2019.

⁵ G. Quintero Olivares, *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor 2015, 460. Sulle diverse possibili interpretazioni del verbo "matar" e sulla sua declinabilità in termini omissivi cfr. J.M. Silva Sánchez, *Ley y norma en la comisión por omisión*, in *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor 2018, 465 ss.

⁶ Tale immagine richiama alla memoria le parole di Kohler secondo cui chi non realizza un'azione nei confronti della quale l'ordinamento fa affidamento, «svelle una ruota dal congegno della società, sicché il relativo meccanismo funziona in modo difforme dalle aspettative programmate»: così G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, 20, il quale richiama a sua volta J. Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, Vol. 1, Mannheim 1889, 46.

⁷ F. Muñoz Conde, M. García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 2019, 222 s.

integrato tanto dall'assenza dell'azione volontaria quanto dalla sua presenza: «anche l'azione in senso stretto può essere vista come un'omissione di qualcosa ed essere punita per questo»⁸.

Inoltre, come evidenziato dalla dottrina italiana, la struttura linguistica *negativa* che caratterizza l'omissione non determina una diversa e minore influenza empirica: «l'omissione, come *contenido negato* da una struttura lessicale di *non essere* (“negazione”) ha un valore *reale* e condizionante la *realtà*»⁹. Il carattere della negatività però, a ben vedere, sembra non poter nulla senza il fondamentale apporto della transitività che, secondo un altro interessante punto di vista, dovrebbe essere concepita non come il semplice *non fare qualcosa*¹⁰ quanto, piuttosto, come il fare qualcosa di diverso da quanto ordinato¹¹.

Cerchiamo, però, di partire dalle origini.

2. Fino alla promulgazione del codice penale spagnolo (c.p.s.) del 1995, l'*omissione impropria* costituiva il frutto di una costruzione dottrinale (peraltro non unanime) dalle alterne applicazioni giurisprudenziali¹². Da qui il dibattito circa la necessità e/o l'opportunità di introdurre nel nuovo codice penale una disciplina espressa per i reati di *comisión por omisión*. Detta introduzione era motivata da esigenze di tipo garantistico, quali il rispetto del principio di legalità e, soprattutto, della certezza del diritto¹³.

L'ossequio al summenzionato principio di legalità induceva taluni a proporre di intervenire direttamente sulla Parte Speciale del codice penale¹⁴ (come invero

⁸ J.M. Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Montevideo 2003, 27, il quale richiama a sua volta E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, 16.

⁹ C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, 825 s., corsivo dell'A. «Osservando la realtà degli accadimenti si può constatare che una “determinata” azione è mancata, così come eventualmente tante altre azioni nello stesso contesto spazio-temporale. È vero che quella azione è un “niente” sul piano empirico-materiale, ma nondimeno tale assenza costituisce un dato della realtà manifestatasi all'esterno e perciò se ne può attestare la verifica semplicemente osservando lo svolgersi degli accadimenti»: così D. Brunelli, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa 2023, 23, corsivo dell'A.

¹⁰ «Un'omissione penalmente rilevante non è un semplice “non fare”, ma un “non fare qualcosa”»: così E. Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, cit., 17, corsivo dell'A.

¹¹ G. Radbruch, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal*, Montevideo 2011, 164.

¹² G. Quintero Olivares, *Parte General*, cit., 455.

¹³ J. Cerezo Mir, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires-Montevideo 2008, 981 s.

¹⁴ In verità tale tecnica legislativa è stata sostenuta da parte della dottrina spagnola anche dopo l'introduzione del codice penale del 1995. Sul punto S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el*

avvenuto anche nella dottrina italiana)¹⁵, introducendo un sistema di incriminazione specifica, basato su un *numerus clausus* di ipotesi di responsabilità di commissione mediante omissione. Tuttavia, l'approccio eccessivamente casistico ed il rischio di compromissione dell'economia legislativa¹⁶ determinavano l'accantonamento di una siffatta proposta.

Più nello specifico, prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, la dottrina penalistica spagnola era divisa tra coloro i quali ritenevano che la punizione delle condotte omissive non ponesse alcun problema di compatibilità con il principio di legalità, stante la possibilità di sussumerle nei corrispondenti reati commissivi contenuti nella Parte Speciale del codice, e coloro che, al contrario, ritenevano di fondamentale importanza porre fine al silenzio normativo sul punto¹⁷.

Nel Progetto del codice penale del 1992, l'originario art. 10 stabiliva che «I reati o le contravvenzioni che consistono nella produzione di un risultato di danno o di pericolo possono essere commessi sia per azione che per omissione, ma, in questo caso, solo quando non evitare il risultato equivale, secondo il significato del testo della legge, alla sua causazione». Tuttavia, ad avviso di parte della dottrina, tale clausola sembrava integrare un mero palliativo della pregressa lacuna, garantendo il rispetto formale del principio di legalità ma per il tramite di una formula vuota¹⁸.

Il modello di clausola generale viene ripreso dall'art. 11 del Progetto di codice penale del 1994 nei seguenti termini: «I reati o le contravvenzioni che consistono nella produzione di un risultato possono essere intesi come commessi per omissione solo quando non evitare il risultato, violando uno speciale dovere giuridico dell'autore, equivale, secondo il significato del testo della legge, alla sua causazione». Tale formula aveva il pregio di integrare una «*equiparación de doble nivel*»: al requisito dell'equivalenza secondo il testo della legge, veniva premesso l'elemento dell'*especial deber jurídico* dell'autore, in capo al quale ricadeva il dovere di agire per evitare la verificazione del risultato lesivo¹⁹. Tale precedente versione dell'art. 11 del codice

Código Penal de 1995, Valencia 1997, 29, la quale richiama un suo precedente scritto: S. Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid 1987, 165 ss.

¹⁵ M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, 393; G. de Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2020, 703.

¹⁶ G. Quintero Olivares, *Parte General*, cit., 458.

¹⁷ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 19 s.

¹⁸ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 21 s.

¹⁹ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 23, corsivo nostro.

penale spagnolo ricorda la formulazione più essenziale adottata non solo dal secondo co. dell'art. 40 capoverso del codice penale italiano (c.p.i.), ma anche dal primo co. del § 13 *Strafgesetzbuch* tedesco.

Il nostro codice penale invece, probabilmente a cagione della sua "età", ha risentito non solo delle prime riflessioni tedesche di stampo liberale sul tema del reato omissivo improprio ma anche della successiva e comune esperienza totalitaria²⁰. Il nostro Stato, però, a differenza di quello tedesco, è riuscito a mantenere i legami culturali con la concezione liberale del diritto penale²¹ secondo cui l'obbligo di agire attivamente per la protezione di beni giuridici altrui non può costituire la regola²² posto che, in via di principio e tendenzialmente, l'illecito penale si attua mediante un'azione positiva²³.

La precedente formulazione dell'art. 11 c.p.s. ha, tuttavia, subito un'importante modifica nel corso dell'*iter* parlamentare che ha condotto all'approvazione definitiva del codice penale del 1995. Nonostante nei precedenti progetti non ve ne fosse traccia, l'attuale formulazione codicistica del secondo co. dell'art. 11 c.p.s. prevede un'elencazione espressa delle fonti formali del dovere di garanzia. Tale aspetto è probabilmente il più problematico della materia, al punto da aver indotto parte della dottrina a rilevare il carattere "distorsivo" del secondo co. dell'art. 11 c.p.s. che contiene, per l'appunto, l'elencazione delle fonti²⁴ di quello che nell'ordinamento italiano viene definito come l'*obbligo giuridico di impedire l'evento*.

Ad oggi l'art. 11 del *codigo penal* presenta una struttura molto più articolata rispetto al secondo co. dell'art. 40 del nostro codice penale ma, non per questo, la sua apparente completezza ha suscitato minori incertezze interpretative. La norma in esame, infatti, sancisce che: «I reati che consistono nella produzione di un risultato si intendono commessi per omissione solo quando non evitare il risultato, in violazione di uno speciale dovere giuridico dell'autore, equivale, secondo il significato del testo della

²⁰ Nella sua evoluzione storica il reato omissivo improprio ha avuto modo di confrontarsi con entrambe le prospettive: un *diritto penale liberale, repressivo-conservativo*, fatto di *divieti*, che non pretendeva il dovere di attivarsi in favore di interessi altrui bensì soltanto di astenersi dal ledere i diritti intangibili; un *diritto penale totalitario, costrittivo-propulsivo*, fatto di *comandi* volti ad imporre obblighi di comportamento in ragione della posizione rivestita da un soggetto in una data comunità (con conseguente moltiplicazione dei reati omissivi): in tal senso F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *RIDPP*, 2001, 337 s. Per una differenziazione fra l'esperienza nazista e fascista su questi temi v. F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova 1975, 214.

²¹ G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 26; L. Risicato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano 2001, 386.

²² G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 4.

²³ F. Sgubbi, *op. cit.*, 20.

²⁴ G. Quintero Olivares, *Parte General*, cit., 462.

legge, alla sua causazione. A tal fine l'omissione è equiparata all'azione: a) quando esista uno specifico obbligo giuridico o contrattuale di agire b) quando l'omittente abbia creato un'occasione di rischio per il bene giuridicamente tutelato mediante un'azione o un'omissione precedente».

3. Com'è noto, la dottrina italiana maggioritaria suole distinguere i reati omissivi propri e impropri in base alla loro struttura: i primi, infatti, sono già espressamente delineati in termini omissivi nella parte speciale del codice; i secondi, invece, nascono dal combinato disposto tra la clausola generale di incriminazione suppletiva di cui all'art. 40 cpv c.p.i. e le fattispecie di parte speciale con essa compatibili²⁵.

Da un punto di vista definitorio, anche nell'ordinamento spagnolo si usa tracciare una distinzione di massima tra reati omissivi *propri* e *impropri*²⁶, in modo analogo alla dogmatica italiana. Tuttavia occorre constatare che parte della dottrina spagnola ritiene, riferendosi all'omologo del nostro art. 40 cpv c.p.i., che sarebbe maggiormente corretto parlare di *reati di commissione per omissione*, piuttosto che di *omissione impropria*, in quanto v'è anche chi riserva quest'ultima denominazione ai casi di omissione non espressamente previsti dalla legge, includendo nell'*omissione propria* le figure esplicitamente disciplinate dal legislatore (tanto di omissione pura quanto di commissione per omissione)²⁷.

Sui contorni di quest'ultima bipartizione, tuttavia, non si è registrata una sempre pacifica unanimità.

Una prima opzione ermeneutica identificherebbe la differenza tra reati omissivi impropri e propri nel dato per cui i primi violerebbero una *norma proibitiva* (norma di divieto, che vieta la causazione di un evento) mentre i secondi violerebbero una *norma de mandato* (norma di comando, che impone di compiere una determinata azione)²⁸. A tale ricostruzione è stato però obiettato che, in realtà, tutte le omissioni,

²⁵ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2019, 626 s.; G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 218 s.; G. Marinucci, E. Dolcini, GL. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2023, 292-294; L. Riscato, *Lezioni di diritto penale*, Pisa 2023, 456, relativamente ai reati omissivi impropri, parla di «processo di incriminazione di secondo grado»; G. de Vero, *op. cit.*, 417, parla di «tipologia suppletiva di reato», corsivo dell'A.

²⁶ Parlano indistintamente, in modo alternativo, di reati di omissione impropria e di commissione mediante omissione, D.M. Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Valencia 2016, 587 ss.; J. Cerezo Mir, *op. cit.*, 981 ss.; F. Muñoz Conde, M. García Arán, *op. cit.*, 225 ss.

²⁷ S. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona 2015, 321 s.

²⁸ E. Gimbernat Ordeig, *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)*, in *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José*

sia proprie che improprie, violerebbero una norma di comando e non di divieto: la madre che abbandona il bambino (al pari del passante che non soccorre il minore) non starebbe violando una norma di divieto quanto, piuttosto, la norma di comando che le impone di prendersi cura del figlio²⁹. Nello stesso senso si esprime autorevole dottrina tedesca ad avviso della quale se «vi è unanimità sul fatto che il comportamento illecito nel caso di un reato omissivo improprio consiste nel *non evitare* l'evento (...) allora la norma che questo comportamento contrasta non può essere un divieto di azione, ma solo un obbligo di agire»³⁰.

Tale contrapposizione viene spesso associata ad un altro binomio (altrettanto dibattuto), ossia quello fra doveri negativi e doveri positivi. Mentre i primi richiedono, semplicemente, di evitare danni a terzi, i secondi esigono di attivarsi per proteggere un determinato bene giuridico³¹. La presente contrapposizione può essere letta anche in termini relazionali: nelle relazioni negative tra le persone non vi è l'aspettativa che ognuno aiuti l'altro, ma solo di non essere disturbati; le relazioni positive, invece, hanno un contenuto diretto a migliorare la situazione in cui versa un altro soggetto. In linea con quanto sostenuto pocanzi, parte della dottrina tedesca riconosce che, a prima vista, potrebbe sembrare che il contenuto della relazione positiva si riferisca a un *mandato activo* e che il contenuto della relazione negativa si riferisca ad una *prohibición de lesión*. In realtà, però, viene fatto immediatamente notare che le relazioni positive possono anche assumere la forma delle *prohibiciones* (es. ai genitori che devono sorvegliare i figli è vietato stare lontani da loro) e che le relazioni negative possono essere configurate come *mandatos* (es. il proprietario di un cane deve ordinarli di fermarsi quando sta per mordere una persona). «Quindi, sia nelle relazioni negative che in quelle positive esistono comandi e divieti»: da un lato vi sono comandi rivolti a tutti e dall'altro divieti rivolti solo a coloro in capo ai quali è individuabile un dovere speciale³².

Cerezo Mir, Madrid 2002, 687.

²⁹ E. Gimbernat Ordeig, *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)*, cit., 688.

³⁰ A. Kaufmann, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, in *Juristische Schulung*, 1961, 174, corsivo dell'A.

³¹ J. Cuello Contreras, *Competencia y acción como fundamentos de la responsabilidad penal por omisión (impropia)*, in *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia 2023, 772.

³² G. Jakobs, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Bogotá 2001, 11 ss.

Un'altra proposta interpretativa, invero strettamente connessa alla contrapposizione tra norme di comando e norme di divieto, concerne la differenziazione tra *delitos de resultado* (ossia i nostri reati di evento, corrispondenti ai reati omissivi impropri) e *delitos de actividad* (ossia i nostri reati di mera condotta, tradizionalmente associati ai reati omissivi propri). Anche tale contrapposizione, tuttavia, non ha trovato fortuna: la distinzione tra *delitos de resultado* e *delitos de actividad* sarebbe da respingere in quanto, in realtà, i reati di mera condotta non si caratterizzerebbero per la mancata produzione di un risultato bensì per il fatto che il risultato medesimo si realizza simultaneamente alla condotta. Dunque, entrambe le categorie delittuose si pongono in relazione causale con un risultato, con l'importante differenza che nei reati di evento vi è una distanza spazio-temporale tra il movimento corporeo e il risultato stesso mentre nei reati di mera condotta il risultato si verifica sempre contemporaneamente al contegno tenuto dall'agente³³.

Probabilmente, il criterio che meglio di altri riesce a tracciare una linea di demarcazione tra l'omissione impropria e propria potrebbe essere individuato nella presenza (o meno) della posizione del garante³⁴: mentre, nel primo caso, l'omittente ha una speciale relazione di garanzia con il bene giuridico minacciato, nel secondo caso colui che omette è una persona qualsiasi, estranea al bene giuridico in pericolo e alla quale il codice penale impone, ove possibile, di intervenire per ridurre detto pericolo³⁵.

È però il caso di notare come, nonostante da più parti siano state criticate le bipartizioni tra norme di divieto e norme di comando, doveri positivi e doveri negativi, reati di risultato e reati di condotta, l'utilizzo di tali concetti non è mai scomparso del tutto dalla trattazione dogmatica dell'argomento (anche nell'ordinamento spagnolo). Essi, infatti, vengono in parte ripresi da una interessante proposta dottrinale secondo cui i reati omissivi si potrebbero dividere in due macrocategorie: reati di omissione pura *di mera inattività* e reati omissivi *di risultato*.

I reati di omissione pura *di mera inattività* possono, a loro volta, dividersi in due ulteriori sotto-categorie: *reati di omissione pura comuni*, che possono essere commessi

³³ E. Gimbernat Ordeig, *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)*, cit., 689 ss.

³⁴ In generale sul tema J.A. Lascaraín Sánchez, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid 2002. Nella dottrina tedesca sul tema, *inter alia*, J. Brammsen, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, Berlino 1986.

³⁵ E. Gimbernat Ordeig, *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)*, cit., 706; E. Bacigalupo, *Delitos improprios de omisión*, Madrid 2005, 134.

da chiunque (es. art. 593 c.p.i., omissione di soccorso, e art. 195 c.p.s., *omisión del deber de socorro*) e reati di omissione pura speciali, i quali possono essere commessi solo da determinati soggetti (es. art. 361 c.p.i., omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale, e art. 408 c.p.s., *omisión del deber de perseguir delitos*).

Per una parte della dottrina tale ultima categoria (nota anche come reati di «*omisión pura de garante*») costituirebbe un *tertium genus* fra i reati di omissione pura comuni (con cui condividono la struttura omissiva) e i reati di commissione per omissione (essi, infatti, avrebbero in comune la possibilità di essere realizzati solo da determinati soggetti). Tuttavia, ad oggi si ritiene che, in realtà, non si tratti effettivamente di un *tertium genus* quanto, piuttosto, di reati dotati di una *gravità intermedia* tra i reati di omissione pura comuni e i delitti di commissione mediante omissione.

Anche i reati omissivi di risultato possono essere suddivisi in due sottocategorie.

La prima è quella dei reati omissivi di risultato *specificamente previsti dalla legge*, ossia reati speciali, che possono essere commessi tanto in forma omissiva quanto commissiva, e che presuppongono una figura analoga a quella del garante ma che non necessitano, per essere perseguiti, dell'applicazione della clausola di equivalenza dell'art. 11 c.p.s. Si potrebbe a tal proposito proporre l'esempio dell'art. 176 c.p.s.³⁶, ossia la tortura omissiva, che può essere commessa solo da autorità e funzionari pubblici che, venendo meno ai loro doveri, consentano ad altri di realizzare condotte volte a torturare una persona. Si tratta, in altri termini, di reati *omissivi speciali di risultato*. Il corrispondente art. 613 *bis* c.p.i. prevede il reato di tortura come reato comune,

³⁶ L'art. 176 c.p.s. declina in termini omissivi quanto disposto, in termini commissivi, dagli articoli precedenti.

Art. 174 c.p.s.: «1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años. 2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior».

Art. 175 c.p.s.: «La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años».

disponendo un inasprimento sanzionatorio nel caso in cui il fatto sia stato commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio. Tale norma, tuttavia, non prevede espressamente la possibilità di realizzare il suddetto reato mediante omissione. Nel nostro ordinamento, infatti, la tortura³⁷ è strutturata come un reato a forma vincolata e, pertanto, non è suscettibile di conversione in forma omissiva³⁸.

La seconda categoria è quella dei reati commissivi mediante omissione *non tipizzati dal legislatore* i quali, secondo il disposto dell'art. 11 del *codice penale*, nascono dall'applicazione congiunta delle fattispecie di parte speciale, che vengono di volta in volta in considerazione (ad esempio il reato di omicidio, previsto rispettivamente agli artt. 575 c.p.i. e 138 c.p.s.), con la clausola di equivalenza di cui all'art. 11 c.p.s. È proprio la combinazione con tale clausola a costituire la cifra stilistica di tali reati.

Per quanto si tratti di reati strutturalmente equivalenti (i reati di omissione pura presuppongono una mera inattività e i reati di omissione di risultato presuppongono, per l'appunto, la verifica di un evento) essi si connotano per le intrinseche e significative differenze su esaminate³⁹.

Sembra dunque opportuno, al fine di evitare fraintendimenti di fondo, riferire l'espressione dei *reati commissivi mediante omissione* esclusivamente alle ipotesi rientranti nella categoria di cui all'art. 11 c.p.s. che costituisce, a tutti gli effetti, l'omologo del nostro art. 40 cpv c.p.i. Tuttavia, riteniamo di particolare interesse quell'orientamento dottrinale che ritiene inappropriata tanto la denominazione di reato omissivo improprio quanto quella di reato commissivo mediante omissione:

³⁷ In generale sul tema P. Lobba, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.4.2019; P. Lobba, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 31.10.2017, 181 ss.

³⁸ M. Romano, *op. cit.*, 380. Sulla convertibilità in forma omissiva dei reati causali puri o causalmente orientati e, conseguentemente, non anche dei reati a forma vincolata v. G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 634; L. Risicato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 457; G. de Vero, *op. cit.*, 704. Sull'attuale tendenza giurisprudenziale ad applicare la clausola di equivalenza anche ai reati a forma vincolata, con particolare riferimento alla configurabilità in termini omissivi del delitto di truffa, v. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Crim*, 2012, 657 s. L'A. si pone in termini critici rispetto a tale tendenza, affermando che «la clausola di equivalenza abbandona qui, infatti, la sua fisionomia di norma eccezionale, finendo per operare alla stregua di una nuova regola in grado di rompere le rigide maglie della tipicità nei settori anzidetti e venendo a colmare, in via fattuale, presunti vuoti di tutela, rendendo punibili condotte che, diversamente, non sarebbero tali».

³⁹ La presente ricostruzione è rinvenibile in E. Demetrio Crespo, R. de Vicente Martínez, N. Matellanes Rodríguez, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, II, *Teoría del delito*, Madrid 2015, 174 ss. Altra parte della dottrina propone, invece, una tripartizione dei reati omissivi: omissioni riferite a un risultato senza equivalenza commissiva; omissioni con equivalenza commissiva legalmente determinata; omissioni con equivalenza commissiva legalmente indeterminata: in tal senso J.M. Silva Sánchez, *El delito de omisión*, cit., 437 s.

nonostante si ritenga che la nomenclatura tradizionale sia così radicata nella pratica dottrinale e giurisprudenziale da consigliarne il mantenimento, in realtà sembra particolarmente pertinente la denominazione di “omissione qualificata”. «I reati omissivi impropri sono reati di omissione qualificata perché gli autori devono possedere una qualità specifica che non è insita né esiste nelle persone in generale. Oltre a costituire un'inazione, che è nella sua natura, e quindi violare un dovere di agire, l'omissione qualificata presuppone che il soggetto abbia un legame tale con la vittima, per la tutela dei suoi beni giuridici, da esserne il garante»⁴⁰.

Ad ogni modo, anche la dottrina italiana ha riservato non poche critiche alla figura del reato omissivo improprio, ravvisandone il contrasto con i principi di frammentarietà e legalità (con specifico riferimento alla riserva di legge e alla tassatività)⁴¹.

A proposito del principio di legalità, risultano particolarmente pregnanti le considerazioni di parte della dottrina argentina che rifiuta apertamente l'idea che ad un soggetto, munito di uno speciale dovere di impedire un evento, non venga imputata la sua stessa omissione bensì l'evento non impedito. La principale ragione di tale rifiuto riposa proprio nel rispetto delle quattro caratteristiche tipiche della *lex*, che deve essere *praevia, stricta, scripta, e certa*. In tal senso il legislatore penale, nell'esercitare il suo compito di criminalizzazione primaria, è tenuto ad emanare precetti chiari, precisi ed esaustivi. Se ciò vale per le azioni, a maggior ragione dovrebbe valere per le omissioni, «che acquistano rilevanza giuridica solo a partire dalla norma che impone il dovere di agire, che non esistono in quanto tali prima o senza l'aspettativa normativa rilevante di un dovere giuridicamente stabilito»⁴². Il principio di legalità, in altri termini, vietando l'esistenza di disposizioni penali vaghe, solleverebbe obiezioni insormontabili circa la configurabilità di una responsabilità penale basata sulla commissione per omissione⁴³.

⁴⁰ J. Tavares, *op. cit.*, 312.

⁴¹ L. Riscato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 454.

⁴² L. Fernando Niño, *Principio de legalidad e impropiedad de la “omisión impropia”*, in *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Madrid 2020, 841 ss., per la citazione, 843.

⁴³ E. Bacigalupo, *op. cit.*, 129. Circa l'insufficiente corrispondenza della posizione di garante al principio di legalità, stante la varietà di ipotesi prospettabili e le indefinite estensioni che vulnerano la certezza del diritto, nella dottrina brasiliana v. J. Tavares, *op. cit.*, 317. Sul tema, nella dottrina tedesca, v. E. Nickel, *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz “nullum crimen, sine lege”* (Art. 103 Abs. 2GG), Berlino 1972.

Non è mancato inoltre chi, analizzando il tema da una prospettiva politico-criminale, ha individuato il principale problema dei reati omissivi nel difficile equilibrio fra la loro *eccezionalità*⁴⁴ (posta la significativa interferenza di questi illeciti nella sfera di libertà individuale) e l'opposto principio di *solidarietà*⁴⁵ (che imporrebbe agli individui di realizzare condotte attive volte al soddisfacimento di altrui esigenze solidaristiche)⁴⁶.

Altri invece si sono mostrati meno severi nei confronti di tale peculiare forma di manifestazione del reato, non solo sottolineando la natura della posizione di garanzia come «espressione di solidarietà costituzionalmente riconosciuta»⁴⁷ ma anche affermando che se il reato commissivo presuppone una norma che vieti una determinata condotta – qualificandola come illecita – il reato commissivo mediante omissione, semplicemente, presuppone due norme: una prima che imponga l'obbligo di agire (definendo, *a contrario*, l'omissione) e una seconda che vieti l'omissione, rendendola penalmente rilevante⁴⁸.

4. Un profilo particolarmente discusso concerne i confini⁴⁹ e la sovrapposibilità dei concetti di commissione e omissione⁵⁰. A fronte di chi ritiene che l'omissione, per ragioni *ontologiche* e normative, differisca dalla commissione, v'è chi sostiene che la commissione per omissione possa essere considerata tale solo quando sia strutturalmente e materialmente identica alla realizzazione in forma attiva di una data fattispecie criminosa⁵¹.

⁴⁴ «Dove domina una fondamentale libertà di inerzia del singolo, i reati omissivi sono e devono restare una minoranza»: così M. Romano, *op. cit.*, 382. Sull'eccezionalità dei reati omissivi impropri si vedano anche F. Sgubbi, *op. cit.*, 21; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 46; C. Paonessa, *op. cit.*, 659 s.; F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *DPP*, 1999, 632.

⁴⁵ Cass. 7.6.2004 n. 25310, in *DeJure*: «Com'è noto l'obbligo di garanzia si fonda sul disposto del capoverso dell'art. 40 cod. pen., secondo cui non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo, laddove si fa riferimento all'obbligo giuridico di impedire l'evento. Il fondamento di questa disposizione è da ricercare nei principi solidaristici che impongono (oggi anche in base alle norme contenute negli artt. 2, 32 e 41 comma 2° della Costituzione) una tutela rafforzata e privilegiata di determinati beni – non essendo i titolari di essi in grado di proteggerli adeguatamente – con l'attribuzione a determinati soggetti della qualità di “garanti” della salvaguardia dell'integrità di questi beni ritenuti di primaria importanza per la persona». Sul punto anche I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, 38.

⁴⁶ F. Mantovani, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *RIDPP*, 2004, 984.

⁴⁷ A. Gargani, *Le posizioni di garanzia*, in *GI*, 2016, 214.

⁴⁸ A. Nappi, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *CP*, 2004, 4297.

⁴⁹ C. Roxin, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Francoforte 1969, 380 ss.

⁵⁰ Sulla distinzione tra azione e omissione, nella letteratura in lingua portoghese, v. J. Tavares, *op. cit.*, 283 ss.

⁵¹ E. Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid 2009, 71.

Sulla scorta del fatto che non esisterebbe, in questi termini, una passività assoluta, v'è chi ha sostenuto che ogni omissione, in realtà, porterebbe alla realizzazione di un'azione e che, pertanto, azione e omissione sarebbero nozioni la cui descrizione specifica sarebbe intercambiabile. Conseguentemente anche i corrispondenti comandi e divieti sarebbero reciprocamente sostituibili. La scelta di esprimere una prescrizione sotto forma di divieto o di comando, attribuendo dunque un conseguente contenuto di azione o di omissione, integrerebbe, al più, una questione di tecnica legislativa. Alla luce delle costanti interazioni sociali «la caratterizzazione di un processo umano come “produrre” o “non produrre” è una questione di prospettiva. In definitiva, di interpretazione, di attribuzione di significato»⁵².

Altra parte della dottrina spagnola ha ritenuto che «azione e omissione non sono, quindi, due forme ontologicamente distinte (A e B) del comportamento umano, ma due sottoclassi indipendenti (A e non A) del comportamento umano, suscettibili di essere regolate dalla volontà»⁵³.

Muovendo dal medesimo assunto, ossia il dato per cui azione e omissione costituiscono *de facto* due diverse forme del comportamento, altra dottrina aggiunge che non può esservi identità strutturale o materiale tra la commissione per omissione e il corrispondente contegno attivo (né sul piano ontologico né su quello normativo). Non sarebbe, infatti, possibile formulare un concetto generico di condotta che comprenda azione e omissione, ragion per cui la differenza intercorrente tra queste ultime inciderebbe sulla struttura del tipo criminoso⁵⁴.

Particolarmente ferma sul punto è una parte della dottrina tedesca, la quale postula che «il concetto di omissione si esaurisce completamente nella negazione di una determinata azione». Secondo tale punto di vista, non solo l'omissione non avrebbe in comune con l'azione i caratteri della volontà, del fatto e della causalità ma, anzi, finirebbe proprio per negarli. In tal senso, come non sarebbe possibile «collocare “a” e “non-a”, posizione e negazione, sotto un concetto superiore, così non è possibile riunire azione e omissione in un concetto simile, che lo si chiami azione, condotta umana o altro!»⁵⁵.

⁵² J.M. Silva Sánchez, *Ley y norma en la comisión por omisión*, cit., 459 s.

⁵³ F. Muñoz Conde, M. García Arán, *op. cit.*, 222.

⁵⁴ J. Cerezo Mir, *op. cit.*, 989.

⁵⁵ G. Radbruch, *op. cit.*, 167 s., corsivo dell'A.

Ad oggi nella dottrina italiana si riscontra una comunanza di vedute circa la natura di fattispecie autonoma del reato commissivo mediante omissione⁵⁶. La questione è, invero, risalente: Nagler per primo sostenne l'assimilabilità tra reati commissivi e omissivi impropri, ritenendo che questi ultimi non sarebbero altro che una forma di manifestazione dei primi, cui si aggiungerebbe l'elemento differenziale della posizione di garanzia. Questa tesi venne criticata da Armin Kaufmann, il quale riteneva che, posta la fattispecie commissiva come normalmente composta da $a+b+c$ (dove c rappresenta la *causalità*), sarebbe ulteriormente possibile distinguere l'elemento c in c_1 (causalità positiva) e c_2 (causalità omissiva). Tuttavia, una compiuta definizione della causalità omissiva non sarebbe data esclusivamente $a+b+c_2$, dovendo aggiungersi anche l'elemento g , ossia la posizione di garanzia. Kaufmann elaborò questo schema per evidenziare l'intrinseca differenza fra le due tipologie delittuose, rendendo oggi possibile affermare che «la posizione di garanzia non sarebbe un elemento di fattispecie del delitto commissivo, ma un requisito di una fattispecie autonoma: quella del reato omissivo improprio»⁵⁷.

Prescindendo dalle critiche mosse alla su esposta ricostruzione⁵⁸, Kaufmann mantiene comunque il merito di aver affermato l'autonomia strutturale delle fattispecie omissive improprie dai reati commissivi, non più in base al solo elemento addizionale della posizione di garanzia bensì in ragione di una diversa costruzione della fattispecie, che condividerebbe con il suo corrispettivo commissivo soltanto l'elemento dell'evento naturalistico⁵⁹.

⁵⁶ L. Riscato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 454; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 631; G. de Vero, *op. cit.*, 701.

⁵⁷ G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983, 127 s., il quale richiama a sua volta A. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, 254 s.

⁵⁸ La principale obiezione mossa alla ricostruzione di Kaufmann concerneva l'impossibilità di assimilare i concetti di c_1 e c_2 in quanto il primo avrebbe rappresentato la causalità reale (tipica dei reati commissivi) e il secondo, invece, la causalità ipotetica (che normalmente connota le fattispecie omissive). Secondo questa obiezione la causalità commissiva sarebbe stata assimilabile a quella omissiva solo considerando c_2+g . In altri termini, «al rapporto di causalità reale proprio dell'illecito commissivo corrisponde, nell'illecito di commissione mediante omissione, la coppia concettuale formata dal nesso di causalità ipotetica e dalla posizione di garanzia»: così G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 73.

⁵⁹ A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli 2013, 240, la quale richiama a sua volta G. Grasso, *op. cit.*, 129 ss. Quest'ultimo Autore, in altra parte dello scritto, chiarisce che «la prima trasformazione deve avvenire già sul piano della condotta, che, nell'ipotesi omissiva, si presenta come il mancato compimento di un'azione di impedimento dell'evento in presenza di una situazione tipica di garanzia. Se non si vuole ignorare il carattere normativo della condotta omissiva, riducendola ad un mero *non facere* (inidoneo a esser posto sullo stesso piano della condotta positiva), l'esistenza di una situazione normativa di obbligo diventa una componente essenziale della condotta», 129.

5. Svolgendo un'analisi di tipo comparatistico tra il secondo co. dell'art. 40 del nostro codice penale e l'art. 11 del *codigo penal* emergono, evidentemente, molti punti di contatto che però nascondono, fra le proprie pieghe, significative differenze, nonché molti aspetti controversi e dibattuti dalla dottrina spagnola.

Uno degli aspetti comuni con l'ordinamento italiano concerne la necessità che si realizzi un *resultado*⁶⁰, così richiamando la nostra tradizionale delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 40 cpv c.p.i. ai reati di *evento*⁶¹. In realtà, anche il *topos* del "risultato" non sembra andare esente da critiche. Abbiamo in precedenza avuto modo di sottolineare come la distinzione tra reati di mera condotta e di risultato non sia determinante ai fini della differenziazione tra reati omissivi propri e impropri, ma ciò non significa che questi ultimi non debbano comunque essere muniti di un evento finale. Per contro, autorevole dottrina tedesca nega che nell'omissione esista un fatto cui è causalmente collegato un risultato: «per dirla paradossalmente, *il risultato dell'omissione è che non ha alcun risultato*»⁶². In altri termini, come dal nulla non può nascere nulla (*ex nihilo nihil fit*), così il nulla è destinato a risolversi nel nulla⁶³.

Ordinamento italiano e spagnolo (ma non solo) si trovano a convergere anche sul fondamentale elemento della *clausola di equivalenza*, nota anche come «*cláusula de la equiparación valorativa*», nonché punto di partenza per imputare un certo risultato ad un semplice *non fare*⁶⁴.

Di particolare interesse risulta, però, una moderna rilettura del tradizionale modo di intendere la clausola di equivalenza come una forma di ampliamento delle possibili condotte sanzionabili⁶⁵. Spicca in tale contesto la tesi secondo cui tra condotta

⁶⁰ Sul riferimento ai «*delitos que consistan en la producción de un resultado*» come limite formale alla regola dell'equivalenza v. G. Quintero Olivares, *Parte General*, cit., 460.

⁶¹ G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 38 s.; G. Grasso, *op. cit.*, 137.

⁶² G. Radbruch, *op. cit.*, 166, corsivo dell'A.

⁶³ G. Radbruch, *op. cit.*, 161.

⁶⁴ F. Muñoz Conde, M. García Arán, *op. cit.*, 226, corsivo degli AA.

⁶⁵ «L'esistenza di una clausola generale mediante cui si puniscono i reati di commissione per omissione può dar luogo a che i tribunali esaminino la possibilità di commissione per omissione in tutti i reati di risultato ed estendano l'ambito della condotta punibile al di là delle esigenze politico-criminali»: così J. Cerezo Mir, *op. cit.*, 983.

commissiva e omissiva sussisterebbe una equivalenza sul piano *normativo*⁶⁶, intesa come una medesimezza di *disvalore*⁶⁷.

Si tratterebbe del riferimento alla «più elementare *sensibilità* giuridica»⁶⁸: la *ratio* della sanzione penale dell'omissione – pur con tutti i suoi requisiti aggiuntivi rispetto al corrispondente illecito commissivo – viene individuata non tanto nella medesimezza della sanzione o della (asseritamente tale) struttura tipica, quanto piuttosto nel comune *disvalore* fra azione e omissione.

L'art. 11 c.p.s., infatti, richiederebbe che l'omissione sia *sussumibile* nell'ambito applicativo del reato commissivo di volta in volta preso in considerazione, in modo tale che l'*equivalenza* tra la causazione del risultato e il mancato impedimento dello stesso siano connotati dal medesimo giudizio (negativo) di valore. Secondo tale interpretazione, l'art. 11 c.p.s. non costituirebbe una «*cláusula extensiva* del tipo»⁶⁹, per come siamo abituati a concepirla nell'ordinamento italiano⁷⁰: muovendo dall'assunto per cui il *disvalore* di azione e di omissione risulta coincidente, non sarebbe tanto il caso di parlare di una forma di ampliamento della responsabilità del reo – al quale sarebbe applicata la fattispecie commissiva realizzata in forma omissiva – bensì di una mera declinazione, in termini omissivi, di una incriminazione formulata dal legislatore in termini commissivi.

⁶⁶ Anche nella dottrina italiana v'è chi ha parlato (seppur in termini differenti) di equivalenza normativa, affermando che «alla causazione materiale di un evento (mediante una condotta commissiva) corrisponde, per il diritto penale, la titolarità di un “obbligo di impedimento” accompagnata dal non impedimento di un evento. L'assunzione di una “posizione di garanzia” rispetto a una classe di eventi e/o a una categoria di soggetti garantiti non va però confusa con la *possibilità* di impedire uno specifico evento. Fra *dovere impeditivo* e *dovere di diligenza*, infatti, esiste piuttosto un rapporto di “presupposizione logica”»: così A. Perin, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della “diminuzione di chances”*, in www.archiviopenale.it, 2018, 24 s., corsivo dell'A. In generale, sulla natura normativa della causalità omissiva, v. G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 78; F. Mantovani, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 986, il quale chiarisce che si tratta di causalità normativa «in quanto è la legge che interviene ad equiparare il non impedire al cagionare»; sulla natura normativa della causalità omissiva v. anche F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., 620; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 639.

⁶⁷ Nella dottrina italiana, sostiene l'equivalenza tra causazione attiva e omissione non impeditiva, anche dal punto di vista del *disvalore*, I. Leoncini, *op. cit.*, 8. Sostiene la medesimezza del *disvalore* penale ma la differenza strutturale fra azione e omissione G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 74.

⁶⁸ F. Muñoz Conde, M. García Arán, *op. cit.*, 225, corsivo nostro.

⁶⁹ E. Demetrio Crespo, R. de Vicente Martínez, N. Matellanes Rodríguez, *op. cit.*, 182, corsivo nostro.

⁷⁰ G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 33. «Non sorprende, dunque, l'obiezione di chi, facendo leva esclusivamente sulla scelta dell'art. 40 comma 2 c.p. di equiparare in termini generali la causazione di un evento con l'obbligo di impedirlo, afferma che l'anzidetta clausola di equivalenza “non consente restrizioni particolari a seconda del bene interessato”»: così F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., 632. Sul rischio che l'operatività della clausola di equivalenza possa estendersi senza limiti, così espandendo esponenzialmente l'area del penalmente rilevante, v. C. Paonessa, *op. cit.*, 659.

Riflettendo sul tema della clausola di equivalenza non si può fare a meno di menzionare la *Gleichwertigkeitsklausel* del § 13 StGB⁷¹. Tale norma è stata definita come “speculare” rispetto al nostro art. 40 cpv c.p.i. in quanto, al primo co., stabilisce che «Chi omette di impedire un evento previsto dalla fattispecie di una norma penale è punibile secondo questa norma solo se è giuridicamente obbligato ad impedire il verificarsi dell'evento e se l'omissione corrisponde alla realizzazione di una fattispecie legale mediante una condotta attiva». Parte della dottrina ha messo in evidenza come, dal punto di vista linguistico, se da un lato il legislatore italiano ha scelto di adottare una formulazione testuale più incisiva, dall'altro il legislatore tedesco ha fornito una descrizione dell'evento non impedito più specifica rispetto alla tecnica legislativa del nostro art. 40 cpv c.p.i.: «il riferimento ad un “evento previsto dalla fattispecie penale” mette nella dovuta luce che deve trattarsi dell'evento-*elemento costitutivo* e non dell'evento come equivalente dell'intero fatto tipico»⁷².

Inoltre, contrariamente all'approccio adottato dalla dottrina italiana, è interessante notare come sembri che il significato della clausola di equivalenza (o *Entsprechungsklausel*, clausola di corrispondenza)⁷³ di cui al § 13 StGB sia funzionale ad estenderne l'ambito di applicazione ai *verhaltensgebundene Delikte*, ossia delitti per i quali è richiesta una specifica modalità di realizzazione stabilita dalla norma incriminatrice⁷⁴ (i quali ricordano molto i nostri reati a forma vincolata).

Anche il tema della *causalità omissiva* presenta le medesime problematiche affrontate dalla dottrina italiana⁷⁵. Posto che la causalità⁷⁶, di per sé, richiederebbe una

⁷¹ Diffusamente sul tema P. Nitze, *Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*, Berlino 1989; C. Roxin, *Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen*, in *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, 577 ss.

⁷² Citazione e traduzione del primo co. del § 13 StGB sono riconducibili a L. Risicato, *Combinazione e interferenza*, cit., 414 s., nota 101, corsivo dell'A.

⁷³ W. Küper, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Berlino 1979, 99.

⁷⁴ G. Grasso, *op. cit.*, 28 s. Sul punto, nella dottrina tedesca, v. H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlino 1996, 629. Sulla funzione della clausola di equivalenza nell'ordinamento tedesco v. anche J. Tavares, *op. cit.*, 343.

⁷⁵ Per un'innovativa rilettura della causalità omissiva, D. Brunelli, *op. cit.*, 61: «Sembra dunque plausibile, o quantomeno non concettualmente errato, che anche nei reati omissivi impropri comincino a profilarsi i contorni di una condotta omissiva da parte del garante, a prescindere dalla previa valutazione della (specifica) doverosità di ciò che egli ha ommesso di fare (azione mancante). Si potrebbe, quindi, muovere al più presto dal rilievo che tale condotta sia potenzialmente causale, nella versione della sicura incidenza nel decorso causale in atto da interrompere o deviare, senza doversi necessariamente riferire in prima battuta a ciò che era prescritto al garante – dalle norme e/o dalla diligenza obiettiva – nella situazione concreta».

⁷⁶ Per un confronto tra il pensiero di Roxin e di Gimbernat sul tema della causalità v. E. Demetrio Crespo, *op. cit.*, 68 ss.

forza scatenante che inneschi il meccanismo causale, considerando che proprio tale innesco viene a mancare nel caso dell'omissione⁷⁷, si accoglie il criterio della *causalità ipotetica* e si individua nell'evitabilità del risultato l'elemento chiave che consente di imputare l'evento lesivo ad una condotta omissiva⁷⁸.

Nella dottrina italiana vi è stato chi ha sostenuto la natura doppiamente ipotetica della causalità omissiva, in quanto essa si fonderebbe su due dati reali (il processo causale naturalistico e l'evento) e due dati ipotetici (eliminare mentalmente la causa naturale ed ipotizzare la realizzazione dell'azione impeditiva omessa)⁷⁹. Ancora, nel nostro ordinamento non è poi mancato chi, condivisibilmente, ha voluto porre l'accento non tanto sulla causalità ipotetica quanto piuttosto sul piano sottostante, ossia la causalità reale dell'evento concreto: «ci si può infatti interrogare sulla causalità *ipotetica* dell'omissione solo *dopo aver prima* accertato il *decorso causale* sfociato nell'evento concreto: un "prima" e un "poi" imposto da un ovvio ordine logico-temporale: se non si sa "come sono *andate* le cose" – quale sia stato il meccanismo di produzione dell'evento concreto verificatosi *hic et nunc* –, non ci si può interrogare, in via ipotetica, su "come *sarebbero andate* le cose" se l'azione omessa fosse stata compiuta»⁸⁰.

Anche nell'ordinamento spagnolo ci si è, poi, interrogati sul *grado di probabilità* che deve legare l'azione omessa e l'evento lesivo verificatosi, chiedendosi se l'azione che il soggetto avrebbe dovuto compiere sarebbe valsa ad impedire il risultato lesivo, con una *probabilidad rayana en la certeza*⁸¹. Tale posizione sembra essere attualmente dominante nella dottrina spagnola, proprio alla luce dell'ipoteticità del nesso causale: se Tizio colpisce Caio in pieno volto, possiamo dire che vi sia certezza del fatto che, senza il colpo di Tizio, Caio non avrebbe riportato alcuna ferita; nell'omissione, invece, si può solo discutere di una maggiore o minore probabilità della mancata verifica-

⁷⁷ «Parlare di *causalità dell'omissione* significa a prima vista predicare l'*efficacia del nulla*»: così C.E. Paliero, *op. cit.*, 821, corsivo dell'A.

⁷⁸ F. Muñoz Conde, M. García Arán, *op. cit.*, 228. Nella dottrina italiana è stato evidenziato come l'accertamento della causalità nei reati omissivi impropri riproporrebbe il medesimo giudizio ipotetico incentrato sulla valutazione del comportamento alternativo lecito: «si tratterebbe quindi di valutare se l'intervento doveroso (diligente) del garante nel decorso causale sarebbe stato idoneo, con una *probabilità confinante con la certezza*, ad impedirne l'esito infausto»: così A. Perin, *op. cit.*, 8 s., corsivo dell'A. Il collegamento fra reato omissivo improprio e comportamento alternativo lecito viene ripreso anche da D. Brunelli, *op. cit.*, 124 ss.

⁷⁹ F. Mantovani, *La causalità omissiva nel codice penale spagnolo*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2005, 238 s.; sul punto v. anche A. Nappi, *op. cit.*, 4301; L. Maserà, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *DPP*, 2006, 498.

⁸⁰ G. Marinucci, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *RIDPP*, 2009, 523, corsivo dell'A.

⁸¹ E. Demetrio Crespo, R. de Vicente Martínez, N. Matellanes Rodríguez, *op. cit.*, 182.

dell'evento: se Tizio omette di salvare Caio che sta annegando, non possiamo dire con certezza che il salvataggio sarebbe riuscito ma solo che il buon esito dell'intervento salvifico sarebbe stato più o meno probabile⁸².

Com'è noto, nel nostro ordinamento parte autorevole della dottrina ha assunto un atteggiamento fortemente critico sul punto⁸³, non solo contestando l'uso di formule ambigue come quella della "quasi causalità"⁸⁴ e sostenendo l'arbitrarietà della formula della "probabilità confinante con la certezza"⁸⁵ ma anche affermando che «non si vede il motivo per il quale, nell'ambito dei reati omissivi impropri, debba essere richiesto un livello di certezza diverso da quel "grado elevato di credibilità razionale" necessario perché trovi conferma l'ipotesi causale nei reati commissivi»⁸⁶.

Ora, è interessante notare come, da questo punto di vista, la dottrina spagnola si dimostri maggiormente elastica sul tema, preliminarmente, non ponendosi alcun problema ad utilizzare l'espressione "quasi causalità" ma andando, piuttosto, al cuore della questione: «sia che l'omissione sia considerata realmente causale o solo "quasi causale" o "potenzialmente causale" o "causale in senso figurato" o "causale in senso analogo" o "ipoteticamente causale", vi è un ampio consenso sul fatto che il risultato

⁸² E. Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, cit., 28 s.

⁸³ F. Mantovani, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 993, afferma che la responsabilità omissiva non è più grave di quella attiva, sia per quanto concerne il "pari grado di probabilità dell'evento" (data l'impercorribilità della tesi secondo cui per provare la causalità omissiva sarebbe sufficiente un minor grado di probabilità) sia con riferimento al "pari rigore di accertamento" (posto che la natura ipotetica della causalità omissiva non richiederebbe una prova meno rigorosa, anzi).

⁸⁴ M. Romano, *op. cit.*, 376, l'A. evidenzia l'inopportunità di usare formule opache per definire la causalità dell'omissione poiché «in questo modo si rischia di diffondere l'impressione che non valgano per l'accertamento del nesso causale nei reati omissivi le *medesime regole fondamentali viste per la causalità attiva*; soprattutto si rischia di dimenticare che per il comune modo di pensare le condizioni negative sono egualmente causali come quelle positive», corsivo dell'A.

⁸⁵ F. Stella, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *RIDPP*, 1988, 1256. Il pensiero dell'A. viene ripreso da C.E. Paliero, *op. cit.*, 824 s., il quale afferma come Stella abbia «inquadrate la condotta omissiva fra i *processi statici*, recuperandone l'efficacia condizionante rispetto all'evento. (...) Il "permanere", in quanto processo statico, condizione di *staticità*, rende incompatibile e quindi di fatto impedisce un antitetico "divenire" che porterebbe giocoforza allo sviluppo di un processo causale *diverso*. (...) Sostituendosi mentalmente, infatti, al processo statico un antitetico processo dinamico da parte dell'agente (la condotta attiva doverosa), l'evento mancherebbe o sarebbe diverso. L'effetto condizionante è dunque *reale*», corsivo dell'A. Riprende il concetto di "condizione statica" di Stella anche A. Perin, *op. cit.*, 11 s.

⁸⁶ G. Grasso, *op. cit.*, 397. In termini meno rigidi si esprime altra parte della dottrina italiana, affermando che «anche il più sfrenato assertore della parificazione prestazionale dei due modelli causali, non credo possa ignorare quella che sembra una insanabile differenza pratica nella causazione per omissione al confronto con la causazione tramite azione. Il sintomo di tale differenza è ravvisabile nella preliminare difficoltà logica di stabilire con "certezza assoluta" che un evento sia stato causato da una omissione o per lo meno sempre con lo stesso grado di certezza a cui si può pervenire nel campo del reato commissivo»: così D. Brunelli, *op. cit.*, 26.

può essere imputato all'omittente solo quando l'azione omessa *avrebbe impedito* il risultato»⁸⁷.

Inoltre, se la probabilità vicina alla certezza può essere considerata come la teoria dominante nell'ordinamento spagnolo, in verità ne sono state proposte altre due.

La prima, in linea con la dottrina maggioritaria italiana, richiede la certezza che l'intervento omesso sarebbe valso ad impedire l'evento. Tale opzione è, però, stata definita «tanto comprensibile quanto irrealizzabile» poiché, trattandosi di un giudizio ipotetico, si può solo prevedere una probabilità, più o meno alta, che l'azione omessa avrebbe impedito il risultato ma mai la certezza⁸⁸.

La seconda, invece, fa riferimento alla teoria della diminuzione del rischio, ritenendo sufficiente che l'azione richiesta (e omessa) avrebbe ridotto il rischio di verificazione del risultato. In dottrina è stato sostenuto che, a ben vedere, la teoria della riduzione del rischio *smaschererebbe* l'attuale posizione dominante secondo cui si avrebbe quasi causalità solo se l'azione omessa avrebbe impedito il risultato con una probabilità vicina alla certezza. Ciò che sostiene tale orientamento dottrinale è che, in realtà, sul punto si registri una sorta di “frode delle etichette”: la teoria della riduzione del rischio sarebbe il criterio che concretamente viene applicato, trincerandosi dietro la formula della “probabilità al limite della certezza”. Alla teoria della riduzione del rischio è evidentemente stato obiettato di violare il principio dell'*in dubio pro reo* e, soprattutto, di convertire *los delitos de lesión en delitos de peligro*: posto che in questo caso si richiede solo che l'azione non compiuta avrebbe ridotto il rischio di verificazione del risultato, senza evitarlo, ciò comporterebbe una mancata concretizzazione del rapporto di quasi causalità tra omissione e risultato, andando ad anticipare la soglia di punibilità del fatto di reato fino al mero pericolo. Per spiegare il senso della presente ricostruzione, autorevole dottrina afferma che «sia la dottrina dominante che la dottrina della riduzione del rischio operano con la *probabilità*, e poiché la prima richiede che sia al limite con la sicurezza, e poiché la seconda si accontenta che sia meno probabile che il risultato si verifichi, entrambe non cessano di operare con il criterio della probabilità, da cui consegue che la differenza tra le due è puramente *quantitativa*, ma non *qualitativa*»⁸⁹.

⁸⁷ E. Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, cit., 27, corsivo dell'A.

⁸⁸ E. Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, cit., 44 s.

⁸⁹ Tale ricostruzione è attribuibile a E. Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”*, cit., 45 ss., per la citazione, 51, corsivo dell'A.

L'ordinamento spagnolo pone, da ultimo, un particolare accento sulla *possibilità reale*⁹⁰ e *attuale*⁹¹ di impedire l'evento (*ad impossibilia nemo tenetur*). Anche la dottrina tedesca ha individuato nella concreta capacità d'agire il *criterio decisivo dell'omissione*, affermando che «gli elementi dell'omissione, in particolare i presupposti della capacità di agire, conferiscono alla fattispecie criminosa i suoi contorni fondamentali»⁹².

Tuttavia, la possibilità di compiere l'atto concretamente non realizzato costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per integrare il reato omissivo, essendo altresì necessario che l'azione non compiuta fosse attesa⁹³. Sanzionare esclusivamente la condotta di chi, – pur potendo concretamente intervenire – rimane inattivo o realizza un'altra condotta non impeditiva⁹⁴, consente di riportare la disciplina del reato commissivo mediante omissione ad un giudizio strettamente individuale, rispettoso del principio di personalità della responsabilità penale. «L'incapacità di realizzare la condotta ordinata (impropriamente chiamata “incapacità d'azione” perché non è incapacità di compiere ogni azione, ma solo quella attesa), sia essa oggettiva o soggettiva, è soltanto un limite tacito del *dovere* di agire che in principio suppone il *tipo* di omissione»⁹⁵.

Nella dottrina italiana la possibilità materiale di agire viene spesso richiamata come elemento costitutivo della diversa categoria dei reati omissivi propri⁹⁶, quasi considerandolo implicito nella strutturazione dei reati omissivi impropri⁹⁷. Il potere impeditivo dell'evento, invece, riveste un ruolo chiave in tale ambito, posto che la sua esistenza (e la sua estensione) condizionano la portata (e la relativa efficacia) dell'azione impeditiva giuridicamente imposta al garante. In tal senso il potere di impedimento rivestirebbe una duplice funzione: «esso, infatti, da un lato, completa l'astratta capacità aversativa dell'evento sottesa all'obbligo giuridico di impedimento del garante e, dall'altro lato, circoscrive la condotta pretendibile da quest'ultimo, posto

⁹⁰ J. Cerezo Mir, *op. cit.*, 990.

⁹¹ G. Quintero Olivares, *Parte General*, cit., 454.

⁹² A. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 316.

⁹³ J.M. Silva Sánchez, *El delito de omisión*, cit., 32.

⁹⁴ Sulla non necessarietà, nell'omissione, della passività fisica dell'autore, v. S. Mir Puig, *op. cit.*, 318.

⁹⁵ S. Mir Puig, *op. cit.*, 319 s., corsivo dell'A.

⁹⁶ Nella manualistica classica, collocano il requisito della “possibilità materiale d'agire” nella trattazione dei reati omissivi propri G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 629; G. Marinucci, E. Dolcini, GL. Gatta, *op. cit.*, 293.

⁹⁷ La possibilità materiale di agire è annoverata espressamente fra i requisiti fondamentali dei reati omissivi impropri da F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., 338.

che il limite del suo intervento è segnato specificamente dalla disponibilità di mezzi strumentali all'attualizzazione del dovere impostogli»⁹⁸.

Autorevole dottrina spagnola ha molto riflettuto sulle declinazioni del concetto di "possibilità" distinguendo, *in primis*, i concetti di possibilità *generale* e *individuale*. La prima opzione fa riferimento a ciò che avrebbe fatto l'"uomo medio" nella situazione dell'autore, senza tenerne in considerazione la situazione personale. Un'interpretazione ancor più estesa della "possibilità generale" farebbe riferimento non a ciò che sarebbe stato possibile per la persona media bensì a ciò che sarebbe stato "umanamente possibile". La seconda opzione, ossia la "possibilità individuale" si basa, invece, sulle conoscenze e sulle capacità personali del soggetto agente⁹⁹.

In secundis, viene tracciata un'ulteriore distinzione tra possibilità fisico-oggettiva e possibilità soggettiva. La prima si riferisce all'esistenza delle condizioni esterne e situazionali per la realizzazione dell'azione richiesta, al possesso delle capacità corporee e intellettuali da parte del soggetto agente nonché delle conoscenze tecniche e dei mezzi materiali per compierla. L'insufficienza di un criterio esclusivamente oggettivo viene evidenziato a chiare lettere dalla dottrina tedesca, la quale lega inscindibilmente (e condivisibilmente) la possibilità fisica dell'azione all'elemento volitivo¹⁰⁰. La seconda, invece, si basa su due aspetti: «1) Quello relativo alla *conoscenza dei mezzi* esistenti, alla loro selezione e gestione: insieme alla possibilità fisico-oggettiva, determina la *possibilità di realizzare* una decisione precedentemente adottata. 2) Quello relativo alla *conoscenza del fine dell'azione*, cioè di una situazione in cui è possibile compiere una certa azione: da solo, questo aspetto configura la *possibilità di adottare una decisione* ed è, di conseguenza, presupposto della possibilità di realizzarla»¹⁰¹.

In altri termini (per vero, tedeschi), i requisiti puramente fisici devono essere accompagnati da un certo grado di conoscenza o riconoscibilità circa il corso dell'azione: «la capacità di realizzare la volontà si basa sul riconoscimento (o sulla riconoscibilità?) di ciò da cui dipendono la decisione di agire e la sua esecuzione. La capacità di agire ha quindi un lato intellettuale», al punto da poter affermare che «la

⁹⁸ C. Paonessa, *op. cit.*, 642. L'A. più avanti chiarisce che, vista la natura non tipizzata dei reati omissivi impropri, il potere impeditivo non può essere definito *a priori*: in tal senso «l'omissione penalmente rilevante è individuata esclusivamente in base alla sua efficacia impeditiva, in modo esattamente speculare rispetto alla determinazione dell'azione commissiva nei reati causalmente orientati, tipizzata in funzione della sua idoneità causale», 643.

⁹⁹ J.M. Silva Sánchez, *El delito de omisión*, cit., 33.

¹⁰⁰ A. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 102 s.

¹⁰¹ J.M. Silva Sánchez, *El delito de omisión*, cit., 34, corsivo dell'A.

capacità di agire comprende quindi tutti quei *prerequisiti intellettuali* che rendono possibile la pianificazione e la realizzazione di un atto»¹⁰².

6. La *Garantenstellung*, giunta a noi dai tempi di Nagler¹⁰³, pone le basi per una concezione normativa dell'omissione¹⁰⁴. Tanto la dottrina italiana quanto quella spagnola evidenziano come, con riferimento ai reati commissivi mediante omissione, ciò che realmente caratterizza il tipo di autore è proprio ricoprire il ruolo di garante di un dato bene *giuridico* dinanzi alla legge e alla società. Questo soggetto, proprio in virtù della prossimità con il bene da proteggere o da controllare, è tenuto ad agire per evitare il verificarsi di un evento dannoso. Nel caso in cui costui non agisca per evitare l'evento, quest'ultimo gli potrà essere imputato come se lo avesse positivamente provocato. «Solo il requisito dell'obbligo di fare rende rilevante il non fare, l'omettere. E solo il dovere di garante (...) può comportare che la violazione del dovere, l'omissione, abbia rilevanza giuridico-penale»¹⁰⁵.

In altri termini, posto che un soggetto può rispondere di un dato evento lesivo solo in quanto giuridicamente obbligato ad impedirlo, è possibile affermare che il reato commissivo mediante omissione assuma la struttura tipica del reato proprio¹⁰⁶.

Tuttavia, il diritto penale (tanto italiano quanto spagnolo) non delinea ogni tipologia di garante: ciò determina l'affidamento all'interprete, ossia al giudice, del compito di individuare in quali casi l'omissione sia equiparabile all'azione, rimandando, dunque, il problema ad un contesto valutativo e, pertanto, incerto¹⁰⁷.

¹⁰² A. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 37, corsivo nostro.

¹⁰³ «L'omettere corrisponde all'agire, ai sensi della singola fattispecie, allorché sussiste una speciale posizione di doverosità, in forza della quale l'obbligato è posto in una relazione, socialmente rilevante, con l'esigenza di protezione del valore tutelato»: così J. Nagler, *Leipziger Kommentar*, Vol. 1, Berlino 1944, 35, per come citato e tradotto da F. Sgubbi, *op. cit.*, 54. Riconduce la paternità della teoria della posizione di garanzia a Nagler anche J. Tavares, *op. cit.*, 315.

¹⁰⁴ Sull'essenza normativa dell'omissione V. Militello, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *CP*, 1998, 979; L. Riscato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 359; G. Grasso, *op. cit.*, 113; A. Nappi, *op. cit.*, 4296; D. Brunelli, *op. cit.*, 14.

¹⁰⁵ R. Roso Cañadillas, *La necesidad de la posición de garante como elemento de la comisión omissiva*, in *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, cit., 1028 s.

¹⁰⁶ M. Romano, *op. cit.*, 378 s.

¹⁰⁷ G. Quintero Olivares, *Parte General*, cit., 457. Sul ruolo dell'interprete nella determinazione della portata operativa della posizione di garanzia v. F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., 620 s. Di recente l'ordinamento italiano ha avuto una testimonianza evidente di quanto possa essere problematica un'interpretazione ondivaga circa la delimitazione delle posizioni di garanzia: ci riferiamo ai diversi orientamenti proposti dai giudici che si sono occupati del noto caso Vannini. Cass. 6.3.2020 n. 9049, in *DeJure*: per una riflessione su tale prima pronuncia si rinvia a B. Fragasso, *La Cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio mediante omissione e omissione di soccorso aggravata dall'evento morte in un noto caso di*

Parte della dottrina spagnola ha in tal senso evidenziato come l'art. 11 c.p.s. integrerebbe una "clausola ad effetto costitutivo". Si tratterebbe, in altri termini, di una norma che consentirebbe la «creazione giudiziaria di tipologie sopralegali», in quanto permetterebbe ai giudici di dar vita ad una nuova norma di condotta, financo dal punto di vista sanzionatorio¹⁰⁸.

Anche la dottrina italiana si è interessata a tale prospettiva, mettendo in luce la tendenza giurisprudenziale ad accogliere un'accezione *ampia* del contenuto del potere impeditivo, inglobando in esso ogni condotta potenzialmente idonea ad impedire l'offesa al bene giuridicamente tutelato: «la facile plasmabilità del concetto, infatti, soprattutto quando si trova ad essere correlata a situazioni d'obbligo aperte e indeterminate, tramuta il garante nella figura di un soggetto "onnipotente", esponendolo al pericolo di una scontata responsabilità, dal momento che egli tutto può fare o, comunque, tutto avrebbe potuto fare per impedire la verifica dell'evento»¹⁰⁹.

La posizione di garanzia riveste, com'è noto, il ruolo di *fulcro* della responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, posto che essa «per un verso, riassume le diverse situazioni tipiche dell'obbligo di agire e, per l'altro, esprime i criteri da cui dipende l'individuazione del soggetto obbligato all'azione»¹¹⁰.

La posizione di garante costituisce, dunque, elemento necessario affinché la non evitabilità di un risultato dannoso possa essere equiparata alla sua positiva causazione, anche sul piano sanzionatorio. Posto che, come ormai pacificamente acquisito, l'equiparazione fra omissione e commissione dipende dalla presenza di una posizione di garanzia, è necessario, per quanto possibile, considerare la sussistenza di tale posizione soltanto nei casi inequivocabili, in ossequio al principio di certezza del diritto e dell'*in dubio pro reo*¹¹¹.

Nella dottrina spagnola è stato, altresì, evidenziato come il riferimento dell'art. 11 c.p.s. alla violazione di uno speciale dovere giuridico dell'autore rischia di indebolire

cronaca, in *SP*, 13.4.2020; M. Spina, *Il "caso Vannini". Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, in www.archiviopenale.it, 2020; A. Gargani, *Lo strano caso dell'azione colposa seguita da omissione dolosa. Uno sguardo critico alla sentenza "Vannini"*, in *disCrimen*, 18.11.2020. Cass. 19.7.2021 n. 27905, in *DeJure*: per un'analisi critica di questa seconda pronuncia si rinvia a M. Spina, *La Cassazione-bis sul caso Vannini: l'ospitalità come fonte di obblighi protettivi in una lettura ultra-sostanzialistica del reato omissivo improprio*, in *SP*, 7.9.2021.

¹⁰⁸ J.M. Silva Sánchez, *Ley y norma en la comisión por omisión*, cit., 465.

¹⁰⁹ C. Paonessa, *op. cit.*, 662.

¹¹⁰ F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., 620.

¹¹¹ S. Mir Puig, *op. cit.*, 330.

l'asse portante della commissione per omissione, ossia il principio di equivalenza, e di spostare il *focus* dell'imputazione sull'individuazione di criteri meramente formali «che potrebbero comportare effetti amplificatori indesiderati della formula legale piuttosto che conseguenze garantiste limitative»¹¹². Non a caso parte della dottrina spagnola ritiene erroneo prendere le mosse dal concetto del *deber jurídico*, il quale rimanda ad una concezione formale del garante, ritenendo piuttosto opportuno fondare la posizione di garanzia su una base materiale, sul substrato empirico del caso specifico¹¹³ e sull'assunzione fattuale della detta posizione (in termini di protezione o di controllo)¹¹⁴.

Tale ultimo aspetto costituisce, in realtà, il nucleo del principale dibattito sviluppatosi intorno al rapporto tra i due commi dell'art. 11 c.p.s. Il secondo co. del predetto articolo, come anticipato, prevede un catalogo delle possibili fonti del dovere giuridico di impedire l'evento, rappresentando un retaggio della tradizionale teoria formale delle posizioni di garanzia, ormai considerata superata, specie grazie all'avvento della concezione sostanzialistico-funzionale¹¹⁵.

La summenzionata teoria formale è stata considerata, al contempo, troppo *ampia*, nella misura in cui la semplice esistenza di un obbligo giuridico non può essere considerata sufficiente per affermare la sussistenza di una posizione di garante e, contestualmente, troppo *angusta*, poiché vi sono casi in cui si rende necessario riconoscere l'esistenza di un ruolo di garante, pur in assenza di uno specifico obbligo legale di tipo formale¹¹⁶. Il medesimo orientamento è stato sostenuto anche dalla dottrina italiana, seppur, in parte, con argomentazioni diverse. La tesi formale sarebbe, infatti, troppo *ampia*, nella misura in cui la subordinazione della responsabilità penale alla semplice constatazione dell'inadempimento di un obbligo giuridico di attivarsi potrebbe condurre a eccessi sanzionatori. La medesima tesi sarebbe al contempo troppo *restrittiva*, in quanto, anche qui, ritenere necessaria la giuridicità formale dell'obbligo di impedire l'evento per riconoscere la rilevanza penale dell'omissione

¹¹² G. Quintero Olivares, *Parte General*, cit., 461.

¹¹³ J. Cerezo Mir, *op. cit.*, 983.

¹¹⁴ J. Cerezo Mir, *op. cit.*, 990.

¹¹⁵ In termini più cauti si è espressa la dottrina italiana, affermando che il significato della concezione contenutistico-funzionale non andrebbe inteso come *sostituzione* delle fonti formali dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, bensì come loro *integrazione*: in tal senso L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, cit., 388.

¹¹⁶ J. Cerezo Mir, *op. cit.*, 986.

condurrebbe a non sanzionare condotte omissive che, al contrario, potrebbero risultare meritevoli di rimprovero penale¹¹⁷.

Proprio contrapponendo la concezione formale e funzionale dell'obbligo d'agire, parte della dottrina italiana ha evidenziato come, così facendo, si riproponga la dialettica tra *favor libertatis* e tutela dei beni giuridici: è stato opportunamente fatto notare come la dogmatica dell'omissione non sia ideologicamente neutra, «per questa ragione, dunque, sarebbe stato preferibile che, l'individuazione del necessario punto di equilibrio tra l'istanza di libertà e quella di tutela non venisse rimessa interamente all'interprete, ma fosse esplicitata dal legislatore, in modo più chiaro e coerente di quanto non faccia il laconico disposto dell'art. 40 comma 2 c.p.»¹¹⁸.

Ora, per quanto sia certamente indubitabile la natura “laconica” dell'art. 40 cpv c.p.i., non sembra invece che la minuzia dell'art. 11 c.p.s. abbia evitato problemi interpretativi, laddove l'espresso riferimento al catalogo delle fonti effettuato da quest'ultimo ha, infatti, generato non poche incertezze interpretative.

7. A differenza del nostro art. 40 cpv c.p.i., che non enuclea le possibili fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, il secondo co. dell'art. 11 del *codigo penal*, come visto, si riferisce espressamente ad un obbligo giuridico o contrattuale di agire e alla creazione di un'occasione di rischio mediante una precedente azione od omissione. Parte della dottrina spagnola ha fortemente criticato tale scelta legislativa, definendola dal “marcato sapore stantio”, in quanto frutto di una non condivisibile regressione alla (ormai superata) teoria formale delle fonti del dovere giuridico di agire¹¹⁹.

È qui il caso di evidenziare che anche il legislatore tedesco, pur riconoscendo un ruolo centrale alla posizione del garante, ha però deciso di non descrivere in alcun modo le fonti del dovere di garanzia, stante la convinzione che fosse impossibile «determinare in maniera efficace ed esauriente le singole fonti del dovere di attivarsi» e che i tempi non fossero maturi «per una regola legale di questa problematica»¹²⁰.

L'attribuzione all'autorità giudiziaria del compito di “completare” le fattispecie omissive improprie, individuando le caratteristiche degli autori delle suddette

¹¹⁷ F. Sgubbi, *op. cit.*, 127. Si pongono in termini critici circa la teoria formale dell'obbligo giuridico di impedire l'evento anche G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 86 s.; G. Grasso, *op. cit.*, 193 s.

¹¹⁸ F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., 626.

¹¹⁹ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 32.

¹²⁰ G. Grasso, *op. cit.*, 32.

omissioni, ha condotto parte della dottrina argentina a ritenere che «i tipi di omissione impropria non scritti sarebbero tipi aperti», al pari delle fattispecie colpose¹²¹.

La definizione della posizione di garante e del correlato dovere di garanzia sono, dunque, elementi non espressamente definiti e l'assenza di tale definizione è dovuta all'impossibilità di descrivere, in linea di principio ed in modo esaustivo, tutte le possibili varietà di autori dell'omissione stessa. Tuttavia, l'esistenza delle c.d. fattispecie di reato "aperte", nella misura in cui il criterio integrativo del reato derivi sempre dal diritto positivo, non solleverebbe obiezioni di carattere costituzionale. A supporto di questa argomentazione la dottrina ha messo in luce come questo processo di integrazione avvenga già, legittimamente, in materia colposa, dove l'obbligo oggettivo di diligenza viene definito giudizialmente caso per caso¹²².

Venendo, più nello specifico, all'analisi della *ratio* del secondo co. dell'art. 11 c.p.s., si potrebbe essere indotti a ritenere che l'elencazione espressa delle fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento avrebbe valore *meramente indicativo*, in quanto la prospettiva di ridurre le fonti della posizione di garanzia a meri criteri formali non terrebbe in debita considerazione la possibilità di fondare la suddetta posizione sul contenuto materiale delle singole fattispecie criminose. Al fine di rifuggire da ogni possibile formalismo, in dottrina è stato proposto di considerare questo elenco di fonti in modo non eccessivamente rigido, ritenendo che «solo coloro che hanno un *legame speciale con il bene giuridico tutelato* potrebbero essere considerati garanti dell'integrità di quel bene giuridico, anche se non esiste uno specifico precetto legale, contratto o azione precedente che fondi espressamente tale dovere»¹²³.

Inoltre, attribuire al catalogo delle fonti natura di *esemplificazione* consentirebbe di concepirlo come un *numerus apertus*, senza dunque escludere la possibilità di far riferimento a fonti diverse. Tale punto di vista avrebbe il considerevole vantaggio di non "fossilizzare" la materia, rendendo possibile considerare anche le nuove fonti del dovere di garanzia che potrebbero essere suggerite dai potenziali mutamenti sociali. Questo vantaggio, tuttavia, sarebbe accompagnato da un'inaccettabile incertezza giuridica che porterebbe alla creazione di un sistema legittimante la comparsa incontrollata di nuove fonti del dovere d'agire¹²⁴.

¹²¹ E.R. Zaffaroni, *Qui peut et n'empêche pêche, pero no delinque. (Acerca de la inconstitucionalidad de los tipos omisivos improprios no escritos)*, in *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*. In memoriam, Cuenca 2001, 1389.

¹²² E. Bacigalupo, *op. cit.*, 120 s.

¹²³ F. Muñoz Conde, M. García Arán, *op. cit.*, 230, corsivo dell'A.

¹²⁴ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 34.

Per converso, si potrebbe postulare un'interpretazione restrittiva, volta a considerare le fonti di cui al secondo co. dell'art. 11 c.p.s. come un "requisito aggiunto" al precetto fondamentale di cui al primo co., ossia l'*equivalenza ai sensi della legge*. Il catalogo delle fonti dovrebbe essere, dunque, inteso in via di precisazione¹²⁵ e di specificazione della violazione del dovere giuridico di cui al primo co. Così, attribuendo all'elencazione in esame carattere esaustivo e limitativo, si verrebbe a circoscrivere il contesto formale nel quale effettuare il giudizio di equivalenza ai sensi di legge¹²⁶.

Su una linea di pensiero analoga si muove altra parte della dottrina spagnola, la quale sostiene sempre il carattere *restrittivo* del catalogo di cui al secondo co. dell'art. 11 c.p.s. ma non tanto in termini di interpretazione quanto, piuttosto, di *funzione*¹²⁷. La norma in esame, infatti, *coniuga* la teoria formale dell'obbligo legale con il criterio materiale della logica dell'equivalenza di valore: «al fine di non estendere indebitamente i doveri del garante, si deve sempre tener conto dei motivi che ne sono all'origine, il che porta a raccomandare un collegamento tra il ragionamento formale e materiale»¹²⁸.

Da un punto di vista scientifico risulta evidente che le fonti della posizione di garanzia debbano essere intese in senso materiale, ma è altresì importante che vi sia un contenimento dell'ambito tipico di applicazione della norma. Non si può, infatti, prescindere completamente da questa elencazione poiché essa ha il compito di *restringere* l'ambito di operatività della clausola di equivalenza. Tuttavia, occorre respingere i pericolosi automatismi che fanno dipendere dalla semplice esistenza della posizione di garante l'immediata imputazione del fatto tipico di reato derivante dal mancato evitamento del risultato lesivo¹²⁹.

Infatti (e per converso) è il caso di affermare che «la posizione di garante è una condizione necessaria ma non sufficiente per rendere l'omissione equivalente alla commissione»¹³⁰: non basta essere garante per dover rispondere dell'evento tipico non

¹²⁵ Sul ruolo del secondo co. dell'art. 11 c.p.s. come *precisazione* dell'ambito di applicazione del primo co. e come *esemplificazione* dei casi in cui può essere riconosciuta l'effettiva equivalenza materiale di cui (sempre) al primo co., v. S. Mir Puig, *op. cit.*, 328.

¹²⁶ G. Quintero Olivares, *Parte General*, cit., 462.

¹²⁷ E. Demetrio Crespo, R. de Vicente Martínez, N. Matellanes Rodríguez, *op. cit.*, 186.

¹²⁸ E. Demetrio Crespo, *op. cit.*, 84.

¹²⁹ R. Roso Cañadillas, *op. cit.*, 1029.

¹³⁰ R. Roso Cañadillas, *op. cit.*, 1023.

impedito, essendo altresì necessario verificare se il mancato impedimento dell'evento sia equivalente alla sua causazione attiva¹³¹.

Nell'ordinamento spagnolo, infatti, si registra una sorta di approccio *bilaterale*: da un lato, non è possibile fondare la posizione di garanzia solo sulla base di una fonte formale, poiché il reale nucleo di quest'ultima è di tipo materiale e si rinviene nel primo co. dell'art. 11 c.p.s. e nell'equivalenza secondo la legge; dall'altro lato c'è, però, bisogno di una corrispondenza con le fonti formali in quanto, per potere ritenere sussistente una posizione di garanzia, serve comunque un legame, per l'appunto, formale.

In altri termini «tra le due parti dell'art. 11 CP non esiste una relazione di alternatività che faccia apparire l'una o l'altra come sufficiente di per sé a fondare la punibilità del reato di commissione per omissione, ma si presentano come assolutamente complementari, attribuendo alla seconda il compito di precisare il requisito della “violazione di uno speciale obbligo giuridico dell'autore”»¹³².

Tale approccio ricorda, per certi versi, le teorie miste o eclettiche¹³³ formulate dalla dottrina italiana per cercare di realizzare una proficua sintesi tra i vantaggi delle teorie formali e funzionali, selezionando, per un verso, la fonte formale dell'obbligo d'agire e, per altro, verificando la corrispondenza alla funzione sostanziale di garanzia. Tuttavia, v'è chi ha ritenuto che il limite di tale approccio sia stato quello di non essere riuscito in questo intento di sintesi, finendo, in un certo senso, per cumulare la genericità della concezione formalistica e le incertezze di quella sostanzialistica¹³⁴.

Infatti, se da un lato la teoria formale non delinea adeguatamente il contenuto dell'obbligo giuridico, la teoria funzionale, dall'altro, non restituisce un'adeguata dimensione normativa su cui dovrebbero basarsi le posizioni di garanzia: «non si evita

¹³¹ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 31.

¹³² E. Demetrio Crespo, *op. cit.*, 85, il quale cita a sua volta S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 33 s.

¹³³ A. Gargani, *Le posizioni di garanzia*, cit., 215; S. Camaioni, *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *RIDPP*, 2010, 1629.

¹³⁴ F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., 340. La teoria formale avrebbe il «merito di ricondurre anche la responsabilità omissiva impropria al principio di legalità. Ma [il] demerito, innanzitutto, dell'incapacità di selezionare – tra la molteplicità eterogenea di obblighi giuridici di agire, presenti in ogni ordinamento giuridico – gli obblighi aventi un'autentica funzione di garanzia e, pertanto, di circoscrivere la responsabilità per omesso impedimento dell'evento». La teoria sostanzialistico-funzionale, invece, avrebbe il «merito di offrire il criterio per distinguere gli autentici obblighi di garanzia dagli altri tipi di obblighi giuridici di agire e, pertanto, per circoscrivere la responsabilità per omesso impedimento. Ma [il] demerito – in quanto essa deriva l'obbligo di garanzia non tanto da fonti giuridico-formali, bensì dalla “situazione fattuale di garanzia”, assunta in concreto da specifici soggetti (es.: convivenza; precedente azione pericolosa) – di porsi in contrasto coi principi della riserva di legge e tassatività»: così F. Mantovani, *La causalità omissiva*, cit., 247, corsivo dell'A.

pertanto un'alternativa inquietante: o la posizione di garanzia, che è elemento costitutivo dei reati omissivi impropri, non è prevista dalla legge, e allora è violato il principio della riserva di legge, o è invece prevista, ma con scarsamente tollerabile genericità e approssimazione, e allora è violato il principio di determinatezza»¹³⁵.

8. Alla luce della disamina svolta nelle pagine precedenti, sorge spontaneo chiedersi se, considerando la natura *restrittiva* delle fonti di cui al secondo co. dell'art. 11 c.p.s., l'elencazione ivi contenuta sia da considerarsi tassativa, come una sorta di *numerus clausus*. Tale è l'opinione di parte della dottrina spagnola, la quale ritiene che il testo della legge induca a ritenere che si tratti di un novero chiuso e che, pertanto, soltanto le fonti indicate alle lettere *a* e *b* dell'art. 11 c.p.s. possano integrare una posizione di garanzia¹³⁶.

A ben vedere, soltanto la *legge* e il *contratto* possono essere considerate come fonti formali, in quanto l'*ingerenza*¹³⁷ integra un'ipotesi di "fonte mista" (formale e materiale), poiché una situazione precedente (attiva o omissiva) di rischio implica una componente di tipo materiale e non solo formale.

Nonostante la loro maggiore (apparente) pragmaticità, anche le fonti della legge e del contratto sono state destinatarie di serrate critiche.

La legge, in quanto fonte di un certo dovere, troverebbe la sua ragion d'essere nell'esigenza di colmare il vuoto giuridico, invero tipico, dei reati omissivi impropri, in ossequio al principio del *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Tuttavia, è stato messo in evidenza come spesso il ricorso alla fonte legislativa sia, più che altro, indiretto, in quanto risulta abbastanza complesso che un dovere d'agire sia espressamente disciplinato da una norma. Più frequente è l'ipotesi in cui tale dovere sia, piuttosto, ricavato da norme generiche per il tramite di un'interpretazione estensiva. Per quanto riguarda il contratto, invece, la sua presenza fra le fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento sarebbe legata all'effetto di validità tra le parti che la legge gli riconosce ma, in realtà, v'è chi in dottrina sostiene che dietro l'etichetta contrattuale si celi una semplice accettazione di un obbligo di cura e di protezione, stante anche l'irrelevanza delle condizioni di validità del negozio giuridico¹³⁸. «*En rigor pareciera que*

¹³⁵ M. Romano, *op. cit.*, 392.

¹³⁶ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 34 s.

¹³⁷ Diffusamente sul tema J. Dopico Gómez-Aller, *Omisión e injerencia en derecho penal*, Valencia 2006.

¹³⁸ E. Bacigalupo, *op. cit.*, 132 s.

la fuente es la confianza más que el contrato»¹³⁹: non è, infatti, un caso che sia stato proposto di sostituire il contratto con «il riferimento alla “libera accettazione di una funzione di protezione di un bene giuridico o di sorveglianza di una fonte di pericolo”»¹⁴⁰.

Nonostante, l'art. 40 cpv c.p.i. non contempli un'espressa elencazione, la dottrina italiana tradizionalmente annovera fra le fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, oltre la legge¹⁴¹, il contratto¹⁴² e la precedente attività pericolosa (teoria del

¹³⁹ R. Zaffaroni, *op. cit.*, 1392, corsivo nostro. Diffusamente, sul *principio de confianza*, M. Maraver Gómez, *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor 2009.

¹⁴⁰ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 37.

¹⁴¹ Di particolare interesse risulta la dialettica dottrinale incentratasi sulla portata della concezione formale e, in particolar modo, della principale fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, ossia la legge. V'è chi ha affermato che in questi termini, in realtà, per legge si dovrebbe intendere la legge extrapenale di diritto pubblico o privato, con esclusione delle fonti sublegislative ed anche delle stesse fonti penali. La norma incriminatrice, infatti, non sarebbe idonea a costituire fonte di obblighi di garanzia, non solo alla luce della sua natura sanzionatoria, ma anche in considerazione del fatto che essa si limita ad imporre obblighi d'agire senza prevedere, al contempo, corrispondenti poteri giuridici impeditivi: in tal senso F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., 344. Altra parte della dottrina si pone in termini particolarmente critici, affermando che la teoria formale finirebbe «per subordinare la tutela penale per omesso impedimento dell'evento alle scelte effettuate da altri rami del diritto, comportando una menomazione dell'autonomia di intervento del diritto penale»: così F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., 623. In senso analogo altra parte della dottrina ha evidenziato che il riferimento ad una legge extrapenale, dunque ad un parametro proveniente da una branca dell'ordinamento diversa da quella penale, «equivarrebbe a trascurare l'ovvia verità che le esigenze di tutela del diritto penale non sono semplicisticamente assimilabili a quelle di altri settori del sistema giuridico»: così G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 648.

¹⁴² Anche la fonte contrattuale è stata particolarmente discussa dalla dottrina italiana. V'è stato chi ha ritenuto che subordinare l'incriminazione allo strumento negoziale minerebbe la certezza del giudizio penale, ribadendo «l'esigenza di fondare la responsabilità per mancato impedimento dell'evento su criteri maggiormente sintonici col diritto penale»: così G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 13 s. Altra parte della dottrina ha tracciato una distinzione fra la creazione in astratto e la disciplina in concreto della posizione di garanzia, distinguendo da un lato gli atti o fatti idonei a creare, in via originaria, un vincolo giuridico fra un soggetto e un bene e, dall'altro, la concreta disciplina e trasferibilità dei compiti originariamente assegnati al garante: così F. Sgubbi, *op. cit.*, 190 ss. Su questa base v'è stato chi ha teorizzato i limiti di operatività del contratto inteso come fonte di una posizione di garanzia, affermando che «il contratto è apparso strumento certamente idoneo ad operare il *trasferimento* della posizione di garanzia. Il problema, semmai, riguarda l'idoneità del contratto a *creare* nuove posizioni di garanzia, e la soluzione che è stata fornita è di segno negativo, per l'inidoneità del contratto a dar vita a forme di responsabilità penale, essendo a ciò deputata esclusivamente la fonte legale»: così S. Camaioni, *op. cit.*, 1631 s., corsivo dell'A. Altra parte della dottrina ha, invece, sostenuto che gli obblighi di garanzia *ex contracto* includano non solo il trasferimento dei suddetti obblighi ma anche la creazione di obblighi *ex novo* da parte del titolare del bene giuridico da tutelare in capo ad un diverso soggetto che assumerebbe le vesti di garante. Secondo l'A., anche gli obblighi creati contrattualmente troverebbero il loro fondamento nella legge e, segnatamente, nelle norme sui diritti personali e patrimoniali, rispetto ai quali si rende possibile non solo l'*auto-difesa* (attuale o preventiva) ma anche l'*etero-difesa*, delegata a soggetti terzi (in quanto, magari, più capaci del titolare originario): in tal senso F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., 345 s.

trifoglio), anche la *negotiorum gestio* e la consuetudine (teoria del *quadrifoglio* e del *pentafoglio*)¹⁴³.

Vediamo poi come, anche nell'ordinamento spagnolo, la figura che crea maggiori problemi nell'analisi delle fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento sia proprio la precedente attività pericolosa, i cui risvolti vanno ben oltre l'esempio di scuola della buca aperta nella carreggiata¹⁴⁴ (situazione, invero, espressamente tipizzata nel *codigo penal*)¹⁴⁵.

L'ingerenza¹⁴⁶ può collocarsi nel campo delle relazioni negative, imponendo il dovere di non interferire negli spazi di libertà altrui o, in altri termini, di garantire l'innocuità delle proprie condotte: alla libertà di scelta deve corrispondere, come un sinallagma, la responsabilità per le conseguenze di quella determinata scelta¹⁴⁷. Di particolare interesse risulta la proposta dottrinale di distinguere tra fonti statiche e fonti dinamiche dell'*injerencia*: «la vera ingerenza appartiene alle fonti dinamiche, perché si basa su un precedente comportamento positivo e non semplicemente su uno stato di cose di cui il soggetto diventa responsabile», come nel caso delle fonti statiche¹⁴⁸.

¹⁴³ G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 647 s.; L. Riscato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 458.

¹⁴⁴ Di particolare interesse risulta la lettura di questo esempio di scuola proposta da una parte della dottrina la quale, piuttosto che dare rilievo al mero dato fattuale del precedente agire pericoloso, evidenzia come nel caso in esame «la responsabilità del soggetto può essere ricondotta ad una specifica disposizione di legge, e cioè alla contravvenzione di cui all'art. 673 c.p. la quale contempla espressamente l'«*omesso collocamento* o rimozione di segnali o ripari» volti ad impedire il verificarsi di pericoli per le persone: disposizione, la quale si presta senza dubbio a munire di un fondamento giuridico-formale l'«obbligo di impedire l'evento» da cui dipende, alla stregua dell'art. 40, 2° comma, la costruzione del paradigma normativo dell'omissione impropria»: così G. De Francesco, *op. cit.*, 224 s., corsivo dell'A.

¹⁴⁵ L'art. 385 *codigo penal* sancisce che «*será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1. Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio. 2. No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo*» (tale ultimo inciso è quello che risulta di particolare interesse ai nostri fini).

¹⁴⁶ Sul tema dell'ingerenza nella dottrina tedesca, *inter alia*, L. Herberz, *Die Ingerenz. Eine Garantenpflicht aus Gefährdungsunrecht*, Berlino 2020; C. Roxin, *Ingerenz und objektive Zurechnung*, in *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel*, Zurigo 2002, 551 ss.

¹⁴⁷ G. Jakobs, *Injerencia y dominio del hecho*, cit., 14 s.

¹⁴⁸ J. Tavares, *op. cit.*, 332, l'A. prosegue chiarendo che «nelle fonti statiche, come il possesso di materiale esplosivo o di un cane feroce, il comportamento precedente che crea il rischio del verificarsi del risultato è essenzialmente omissivo. (...) Nel caso della responsabilità da prodotto, in cui il commerciante immette sul mercato un bene la cui pericolosità viene scoperta successivamente, si può verificare un caso di trasformazione dinamica della fonte di pericolo. Inizialmente, il fornitore immette il prodotto sul mercato senza conoscerne la pericolosità; poi, venutone a conoscenza, non lo ritira dal mercato né avverte i consumatori. Questa è chiaramente una forma di ingerenza».

La principale motivazione con cui nel nostro ordinamento si tende ad escludere la precedente attività pericolosa dal novero delle fonti delle posizioni di garanzia attiene al contrasto con il principio della riserva di legge¹⁴⁹, data la mancanza di una norma che preveda espressamente una tale condotta pericolosa come fonte di un obbligo di garanzia¹⁵⁰. Inoltre, ad avviso di parte della dottrina italiana, l'espressa inclusione del fare pericoloso precedente fra le fonti degli obblighi di garanzia da parte del codice penale spagnolo ne avrebbe accentuato l'assenza nel nostro codice¹⁵¹. L'ordinamento spagnolo, infatti, stante l'espressa previsione dell'*injerencia* nel codice penale, non scontrerebbe alcun contrasto con la riserva di legge, ma non per questo risulta esente da altre e diverse problematiche.

Il secondo co. dell'art. 11 c.p.s. equipara l'omissione all'azione «quando l'omittente abbia creato un'occasione di rischio per il bene giuridicamente tutelato mediante un'azione o un'omissione precedente». Dunque, chi determina un rischio per il bene giuridico o un imminente pericolo di verifica di un risultato lesivo, ha l'obbligo di impedirne la concretizzazione. Tuttavia, l'ampiezza e l'indeterminatezza dei doveri che scaturiscono dalla norma in esame rendono difficile equiparare appieno l'omissione e l'azione al fine di attribuire un certo risultato penalmente rilevante¹⁵².

Per questo motivo la dottrina penalistica spagnola, per restringere l'ambito di operatività di tale fonte dell'obbligo di garanzia, ha richiesto che l'atto precedente sia connotato dai seguenti presupposti: «a) che abbia creato un *pericolo prossimo* idoneo a generare il danno; b) che sia *antinormativo* o contrario al dovere dal punto di vista oggettivo, il che esclude i casi di fortuita creazione del rischio, nonché quelli in cui il comportamento pregresso è coperto da una causa di giustificazione che dà luogo alla condotta della vittima; c) che la contrarietà al dovere consista nella violazione della norma che serve a tutelare il bene giuridico in questione»¹⁵³.

¹⁴⁹ In passato la Corte di Cassazione italiana ha individuato un possibile referente normativo delle posizioni di garanzia nel disposto dell'art. 2043 c.c., il quale codifica il principio del *neminem laedere*. Si veda a tal proposito Cass. 4.11.2010 n. 38991, in *DeJure*. Si esprime in termini critici circa la riconducibilità della precedente attività pericolosa al principio del *neminem laedere* come fonte di legittimazione I. Leoncini, *op. cit.*, 106.

¹⁵⁰ F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., 349.

¹⁵¹ M. Mantovani, *Prospettive attuali del fare pericoloso precedente*, in www.archiviopenale.it, 2020, 3. Più avanti l'A. contesta che: «da una parte si nega l'attitudine del fare pericoloso precedente a fondare obblighi rilevanti ex art. 40, cpv., c.p. per l'assenza di una disposizione che gliela conferisca; dall'altra, però, non si esita a riconoscerla all'assunzione volontaria della posizione di garante», 6.

¹⁵² F. Muñoz Conde, M. García Arán, *op. cit.*, 231.

¹⁵³ E. Demetrio Crespo, R. de Vicente Martínez, N. Matellanes Rodríguez, *op. cit.*, 188, corsivo degli AA.

Il nucleo dell'imputazione penale per l'omesso impedimento dell'evento risiederebbe, inoltre, nel potere di controllo dell'omittente: il soggetto genera un rischio la cui evoluzione può essere da lui controllata (ed evitata), dunque la possibilità che il pericolo si tramuti in danno dovrebbe rientrare nell'orbita del dominio finalistico del garante¹⁵⁴. In altri termini, «il requisito di un potere di controllo sul processo di produzione e sviluppo del risultato è il minimo che si possa delineare per evitare che l'ingerenza diventi un odioso strumento di responsabilità per mera irregolarità, così tipico del sistema del *versari in re illicita*»¹⁵⁵.

Altra questione afferisce alla mancata distinzione, da parte del secondo co. dell'art. 11 c.p.s., delle ipotesi in cui l'azione o l'omissione precedente, foriera del rischio, sia dolosa o meramente colposa¹⁵⁶. Parte della dottrina spagnola ritiene che, nella misura in cui il pericolo sia stato causato consapevolmente, non dovrebbero nutrirsi dubbi in ordine all'instaurazione in capo al soggetto agente di una posizione di garanzia. Per contro, parrebbe illogico ritenere penalmente responsabile colui il quale ha prodotto il pericolo involontariamente e senza violare alcuna regola di diligenza¹⁵⁷. Altra parte della dottrina specifica, poi, come non sia necessario che la creazione del pericolo sia stata volontariamente causata, essendo sufficiente che essa dipenda dalla mancata osservanza della diligenza oggettivamente dovuta¹⁵⁸. In altri termini, la lett. *b* dell'art. 11 c.p.s. non si riferirebbe soltanto ad azioni precedenti di natura dolosa ma anche quelle azioni imprudenti che generano il rischio del verificarsi di un evento lesivo¹⁵⁹.

In tal senso sembra da condividere la lettura proposta dalla dottrina italiana con riferimento alla possibilità di rimproverare a titolo di colpa la precedente attività pericolosa: ove l'evento lesivo verificatosi sia corrispondente al tipo che la regola cautelare mirava a prevenire, l'eventuale responsabilità penale dell'agente non si fonderà tanto sull'omissione del dovere d'agire imposto dalla creazione della situazione di pericolo quanto (più semplicemente) sulla violazione del dovere di diligenza idoneo a fondare un reato commissivo imputabile a titolo di colpa¹⁶⁰. Tale confusione fra obblighi di garanzia e obblighi di diligenza¹⁶¹ (con annessa conversione

¹⁵⁴ G. Quintero Olivares, *Parte General*, cit., 463.

¹⁵⁵ J. Tavares, *op. cit.*, 333.

¹⁵⁶ E. Demetrio Crespo, R. de Vicente Martínez, N. Matellanes Rodríguez, *op. cit.*, 187.

¹⁵⁷ S. Mir Puig, *op. cit.*, 334.

¹⁵⁸ J. Cerezo Mir, *op. cit.*, 985.

¹⁵⁹ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 45 s.

¹⁶⁰ F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., 623.

¹⁶¹ Parte della dottrina italiana analizza in combinato disposto i due concetti, evidenziando come «la messa a

dei reati commissivi colposi in reati di commissione mediante omissione) è una delle ragioni per cui parte della nostra dottrina tende ad escludere la precedente attività pericolosa dalle fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento¹⁶².

Altra parte della dottrina italiana, per certi versi, non sembra neanche prendere in considerazione la possibile sinergia tra colpa e precedente azione pericolosa, affermando che quest'ultima non sarebbe altro che «un distillato del principio del “*versari in re illicita*” nella forma del “*dolus subsequens*”. All'attiva causazione di un evento si equipara la “volontà cattiva”, cioè la decisione, successiva rispetto al comportamento illecito, di lasciare le cose come stanno, rinunciando a qualunque intervento»¹⁶³.

Sempre con riferimento all'*injerencia*, una parte della dottrina spagnola ritiene che la creazione del rischio debba dipendere da un'azione o un'omissione illecita, non essendo possibile annoverare in tale categoria le occasioni di pericolo generate dal caso fortuito¹⁶⁴. Si ritiene, pertanto, che la condotta antecedente che determina il pericolo debba essere *antinormativa* (*contra ius*). La questione appare invero risalente al tempo in cui Stübel introdusse il concetto di «azione positiva precedente penalmente illecita»¹⁶⁵.

Tuttavia, a tal proposito, è stato autorevolmente osservato che equiparare l'illegittimità dell'atto precedente alla lesione attiva di un bene giuridico *evochi* una «subdola manifestazione del tanto criticato *versari in re illicita*, secondo il quale l'illegittimità iniziale dell'atto ne impregna tutte le conseguenze»¹⁶⁶. L'antinormatività della condotta dovrebbe rilevare, in questo contesto, solo in quanto condizioni, a sua volta, la possibilità di attribuire al soggetto le conseguenze del pericolo creato dalla sua precedente azione od omissione. Conseguentemente, secondo tale orientamento, l'assenza di *antinormatività* dell'atto escluderebbe la sussistenza di una posizione di garanzia. Tuttavia, si evidenzia come questa regola abbia anche le sue eccezioni. La dottrina riflette sul fatto che la mancanza di antiggiuridicità dell'atto precedente, in

fuoco della distinzione tra dovere di garanzia e dovere di diligenza è concettualmente netta. Il primo è riferibile al soggetto e al suo ruolo, il secondo è un predicato eventuale della condotta omissiva»: così D. Brunelli, *op. cit.*, 105. Diffusamente sull'argomento F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova 1993, 94 ss.

¹⁶² F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., 349.

¹⁶³ G. Grasso, *op. cit.*, 290.

¹⁶⁴ J. Cerezo Mir, *op. cit.*, 984 s.

¹⁶⁵ F. Sgubbi, *op. cit.*, 29, il quale richiama a sua volta C. Stübel, *Über die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresda 1828, 59-61.

¹⁶⁶ S. Mir Puig, *op. cit.*, 334.

realtà, non impedisca *a priori* la natura volontaria della successiva omissione penalmente rilevante. Ad esempio «chi convince un bambino che non sa nuotare ad entrare in acqua con lui assicurandogli, senza mentire, che gli impedirà di annegare, risponderà della sua morte come omicida se, al momento opportuno, cambierà idea e non farà nulla per evitare che il bambino anneghi. Sebbene l'azione di persuadere il bambino a entrare in acqua sia compiuta senza dolo e sia lecita, pone consapevolmente il bambino *nelle mani* del soggetto e lo rende garante della sua vita»¹⁶⁷.

È per questo motivo che, probabilmente, non sarebbe tanto il caso di ancorare la precedente attività al concetto dell'illiceità quanto, piuttosto, alla più generica figura della pericolosità, come anche suggerito dallo stesso secondo co. dell'art. 11 c.p.s. il quale fa riferimento alla creazione di una *ocasión de riesgo*. Autorevole dottrina tedesca sembra condividere tale assunto, ritenendo la formula dell'illegalità troppo rigida: «i doveri di ingerenza non si basano solo su un comportamento illecito, ma anche su qualsiasi comportamento precedente con cui si assume un rischio particolare nei confronti della vittima»¹⁶⁸, conseguentemente chiunque si sia assunto un tale rischio nei confronti della suddetta vittima deve risponderne¹⁶⁹. A tutt'oggi, infatti, nella dottrina penalistica italiana, si usa fare ricorso ad un'idea più *classica* dell'*Ingerenz-Gedanke*, secondo cui «il non impedire le conseguenze dannose di una propria precedente azione pericolosa, rende penalmente responsabili dell'evento lesivo che ne deriva»¹⁷⁰. Si badi bene, pericolosa, non illecita.

Alla luce di questa disamina emerge, dunque, come in realtà non sia forse così pacifico parlare di *numerus clausus* delle fonti delle posizioni di garanzia: l'ingerenza si caratterizza per essere un concetto aperto¹⁷¹, in controtendenza con la natura

¹⁶⁷ S. Mir Puig, *op. cit.*, 335, corsivo dell'A.

¹⁶⁸ G. Jakobs, *Injerencia y dominio del hecho*, cit., 21.

¹⁶⁹ G. Jakobs, *Injerencia y dominio del hecho*, cit., 61.

¹⁷⁰ G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 11. L'Autore osserva come tale concetto fuoriesca dallo schema formale di Feuerbach, tenuto conto che la sua giustificazione non si può rinvenire né nella legge, né nel contratto. L'A., in altra parte dello stesso scritto, ritiene "artificioso" far discendere una posizione di garanzia dall'agire pericoloso precedente, affermando che «anche quando la fonte di pericolo è ragionevolmente riconducibile ad una condotta antecedente, questa ultima non rileva in sé stessa, ma assume soltanto il significato strumentale di determinare l'appartenenza della sorgente di pericoli alla sfera di signoria dell'agente. E la "posizione di controllo" del soggetto garante non deriverà dall'azione antecedente ormai esaurita, ma dalla signoria "attuale" sulla cosa pericolosa», 209.

¹⁷¹ L'eccessiva "apertura" di tale concetto è stata presa in esame anche dalla dottrina italiana, la quale ha opportunamente fatto notare come «la tendenziale attitudine di questa posizione di garanzia a gravare su qualsivoglia *quisque de populo* (che) abbia creato, mediante una propria condotta commissiva, una situazione di pericolo per determinati beni giuridici, si pone in evidente rotta di collisione con il carattere necessariamente speciale caratterizzante gli obblighi di garanzia. Proprio questo aspetto finisce con il circondare di un alone di

formale della legge e del contratto. La creazione precedente di un rischio si caratterizza, dunque, per la sua natura proteiforme e potenzialmente indefinita, al punto da poter considerare questa fonte come una sorta di clausola finale di *apertura* del numero *chiuso* tipizzato dal legislatore spagnolo.

9. Anche l'ordinamento spagnolo accoglie la differenza sistematica tra posizioni di protezione di un dato bene giuridico e di controllo di una fonte di pericolo¹⁷². Se, per un verso, la prima si basa sulla c.d. *relación de dependencia*¹⁷³ fra il garante ed il bene giuridico tutelato, la seconda si fonda sul rispetto del c.d. *principio de confianza*, secondo cui ci si aspetta che chi si trova a gestire una determinata fonte di pericolo rispetti il dovere di controllarla e di evitare i possibili esiti dannosi per i beni giuridici altrui¹⁷⁴.

Con riferimento alle posizioni di protezione, potrebbe risultare interessante prendere in esame un recente caso giurisprudenziale in merito ad un tema su cui, nella giurisprudenza italiana, sembra ormai essersi registrata una certa uniformità, ossia la responsabilità penale dei genitori per abusi sessuali commessi (*rectius*, non impediti) a danno dei figli minori.

Il caso originava dalla condanna di una madre per non aver impedito gli abusi commessi a danno della figlia da parte del proprio compagno. Il *Tribunal Supremo* ha deciso di assolvere la donna, sulla scorta di motivazioni che (verosimilmente) non sarebbero state del tutto condivise dalla giurisprudenza italiana.

In un primo momento la Corte ricorda come la donna avesse deciso di tornare insieme al compagno benché fosse consapevole dei pregressi abusi commessi da quest'ultimo a danno della figlia «sapendo che ciò comportava il rischio evidente che

sospetta incostituzionalità la configurazione di una responsabilità, a titolo di una fattispecie omissiva impropria, in capo a qualunque autore di una precedente condotta pericolosa. La genericità dei presupposti di insorgenza di questo tipo di *Garantenstellung*, oltre a prestarsi ad una dilatazione incontrollata del suo impiego, si converte in un fattore che mina la tassatività della fattispecie penale che su di essa si radica e conferma, sotto questo specifico profilo, la criticità della disciplina dettata dall'art. 40, cpv., c.p.»: così M. Mantovani, *Prospettive attuali del fare pericoloso precedente*, cit., 8.

¹⁷² Sul contenuto materiale della posizione di garanzia in termini di protezione o di controllo, nella letteratura brasiliana, J. Tavares, *op. cit.*, 316 s.

¹⁷³ E. Demetrio Crespo, R. de Vicente Martínez, N. Matellanes Rodríguez, *op. cit.*, 186.

¹⁷⁴ E. Demetrio Crespo, R. de Vicente Martínez, N. Matellanes Rodríguez, *op. cit.*, 189. In senso analogo la dottrina italiana definisce la posizione di controllo come «la posizione di chi è tenuto a tutelare una *pluralità indefinita di soggetti* dai rischi scaturenti da una *determinata fonte di pericolo*»: così G. de Vero, *op. cit.*, 713, corsivo dell'A. In generale sul tema v. anche G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 657 ss.; L. Risicato, *Lezioni di diritto penale*, cit., 460 s.; G. Marinucci, E. Dolcini, GL. Gatta, *op. cit.*, 299 ss.; G. De Francesco, *op. cit.*, 225.

l'imputato continuasse a sottoporre la minore alle pratiche sessuali sopra descritte, come in effetti è avvenuto e accettando la possibilità che ciò potesse verificarsi»¹⁷⁵. Nonostante ciò, nel prosieguo della motivazione, la Corte ha ritenuto di dover assolvere la donna sostenendo che, nel caso di specie, il compagno aveva approfittato della sua assenza per abusare della figlia. Conseguentemente «stando così le cose, è difficile sostenere che ella avrebbe avuto la possibilità di conoscere la situazione di fatto che ha generato il suo dovere di agire e, quindi, che aveva la capacità di controllarla, per cui non può essere ritenuta responsabile del risultato dannoso realizzato dall'autore alle sue spalle»¹⁷⁶. Il *Tribunal Supremo* sembra dunque basare la propria decisione sulla possibilità materiale di agire per impedire l'evento, che se normalmente costituisce requisito imprescindibile per poter muovere un rimprovero a titolo omissivo, può assumere toni più sfumati in casi simili a quello in esame.

La nostra Corte di Cassazione, infatti, pur mantenendo fermo il riferimento alla possibilità oggettiva di impedire l'evento, sembra adottare un approccio di maggiore tutela nei riguardi della vittima (anche solo potenziale), dando rilevanza alla mera *riconoscibilità* non solo dell'evento illecito che si sta perpetrando a danno dei figli ma anche dell'azione doverosa da intraprendere¹⁷⁷.

In altri termini, la *semplice* conoscibilità deve essere considerata sufficiente al fine di integrare il concetto di omissione¹⁷⁸. Il caso preso in esame, in realtà, ricorda per certi versi le ipotesi di omissioni "quasi-dolose" delineate da una parte della dottrina tedesca. Ci si riferisce a quei casi in cui il garante riconosca l'imminente lesione del bene giuridico che dovrebbe proteggere, nonché le circostanze che giustificherebbero il suo intervento in quanto garante e, nonostante ciò, non riflette sull'opportunità di porre in essere il dovuto intervento salvifico. Autorevole dottrina chiarisce che, a ben vedere, anche «la *riconoscibilità* del percorso di salvataggio è sufficiente per ipotizzare un *reato omissivo quasi intenzionale* da parte del soggetto rimasto completamente inattivo»¹⁷⁹.

¹⁷⁵ TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 54/2022 de 21 enero, 4 s.

¹⁷⁶ TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 54/2022 de 21 enero, 16.

¹⁷⁷ In tal senso e, in particolare, sul requisito della riconoscibilità Cass. 2.4.2014 n. 15109, in *DeJure*; Cass. 17.1.2012 n. 1369, in *DeJure*; Cass. 30.1.2008 n. 4730, in *DeJure*. In generale, sulla posizione di garanzia del genitore a tutela dell'intangibilità sessuale del figlio minore, Cass. 22.9.2009 n. 36824, in *DeJure*. Sulla configurabilità della responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento a titolo di dolo eventuale Cass. 5.9.2013 n. 36399, in *DeJure*; Cass. 21.7.2010 n. 28701, in *DeJure*. In generale, sul rapporto tra dolo eventuale e omissione, recentemente, D. Brunelli, *op. cit.*, 98 ss.

¹⁷⁸ J.M. Silva Sánchez, *El delito de omisión*, cit., 45.

¹⁷⁹ A. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 309 s., corsivo nostro.

Su un terreno completamente diverso si pongono i possibili eventi lesivi connessi ad un mancato ossequio delle posizioni di controllo che, per lo più, si collocano all'interno di contesti di base leciti.

È, ad esempio, interessante notare come parte della dottrina spagnola e italiana (ma invero anche argentina)¹⁸⁰ concordino nel ritenere la sussistenza di una posizione di garanzia, in termini di posizione di controllo, in capo al conducente di un veicolo, su cui ricadrà il compito di evitare possibili eventi dannosi agli altri utenti della strada¹⁸¹. Non si tratta di una constatazione di poco momento, in quanto il tema della circolazione stradale si connota per un impianto tipicamente colposo, che presuppone l'attiva violazione di una regola cautelare sancita nel Codice della Strada. Tuttavia, com'è noto, un momento omissivo sussiste in ogni tipo di colpa¹⁸², determinato proprio dalla mancata osservanza della regola cautelare.

Considerare il conducente di un veicolo come garante della fonte di pericolo da lui controllata, ossia l'automobile, non basterà però a riconoscerne automaticamente la responsabilità per eventuali danni cagionati a terzi, essendo necessario individuare la norma cautelare violata e, conseguentemente, muovere un rimprovero al soggetto agente che sia rispettoso del principio di personalità della responsabilità penale¹⁸³.

Il problema si pone, in realtà, per quanto concerne l'eventuale dovere di controllo su un'area *di per sé non pericolosa*: a tal proposito, nella dottrina spagnola, si riporta

¹⁸⁰ R. Zaffaroni, *op. cit.*, 1391.

¹⁸¹ S. Mir Puig, *op. cit.*, 337. Con riferimento alla dottrina italiana è stato fatto notare che «altri casi di *posizione di controllo su fonti di pericolo* connesse a cose, trovano esemplificazione nella circolazione stradale. Se nei casi in cui l'uso di un autoveicolo conduce ad un evento lesivo, la responsabilità normalmente si incardina su un'azione *positiva*, tuttavia si danno ipotesi nelle quali il rimprovero penale assume ad oggetto una *condotta meramente omissiva*. Si pensi, ad es., alla posizione di garanzia rivestita dal proprietario, anche nel caso in cui il veicolo sia condotto da altri, rispetto allo stato di manutenzione del mezzo: qui l'obbligo di garanzia a carico del proprietario (peraltro espressamente sancito dall'art. 2054 comma 4 c.c.) – la cui trasgressione può comportare una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento – trova giustificazione proprio nella circostanza che il veicolo, come fonte potenziale di eventi dannosi a carico di terzi, rientra nella sua sfera di appartenenza e, dunque, di controllo»: così G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 192, corsivo nostro.

¹⁸² F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 90 ss. Sui delitti omissivi colposi nella dottrina brasiliana v. J. Tavares, *op. cit.*, 420 ss. Sul rapporto tra colpa e omissione nella dottrina italiana v. A. Gargani, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *IP*, 2000, 581 ss.

¹⁸³ In generale, sul tema della circolazione stradale, *inter alia*, A. Menghini, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli 2016; E. Squillaci, *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18.4.2016; A. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.5.2016; M. Mantovani, *In tema di omicidio stradale*, in *DPenCont* 2015, 152 ss. Sia consentito un rinvio anche a L. D'Amico, *La struttura dell'omicidio stradale tra tipicità debole, colpevolezza intermittente e diritto penale simbolico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9.5.2019, 89 ss.

l'esempio (invero connesso alla responsabilità per condotte di terze persone) del dovere di controllo in capo al responsabile di un bar per le condotte realizzate dai clienti, il quale riprende un caso in cui la Corte Federale Tedesca ha ritenuto l'esercente di un locale responsabile per non aver impedito i danni provocati da un cliente ad un altro all'interno del suo esercizio commerciale¹⁸⁴. È verosimile ritenere che siffatta vicenda processuale avrebbe avuto ben altro esito nel nostro ordinamento ma la riflessione concernente il dovere di controllo su un'area non pericolosa acquisisce un rilievo significativo quando ci si confronta con attività dalla *dubbia* pericolosità. Il problema si era posto, ad esempio, proprio con riferimento al settore della produzione automobilistica, considerata dalla giurisprudenza italiana come attività non pericolosa, «ma l'ingresso della mecatronica nel settore potrebbe mutare la situazione»¹⁸⁵.

L'incedere dell'evoluzione scientifica¹⁸⁶ potrebbe indurre a ritenere pericolose attività che un tempo erano pacificamente considerate sicure, conducendo di conseguenza ad un potenziale ampliamento delle possibili posizioni di protezione e di controllo con cui i giuristi e gli interpreti saranno chiamati a confrontarsi¹⁸⁷. Per converso, si potrebbe arrivare a considerare sicure pratiche un tempo ritenute pericolose¹⁸⁸.

¹⁸⁴ S. Mir Puig, *op. cit.*, 337.

¹⁸⁵ U. Ruffolo, E. Al Mureden, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in *GI*, 2019, 1711.

¹⁸⁶ Circa il possibile impatto dell'evoluzione scientifica e delle conoscenze sperimentali sul reato omissivo v. E. Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, cit., 29; J.M. Silva Sánchez, *El delito de omisión*, cit., 183

¹⁸⁷ Potrebbe essere interessante notare come parte di dottrina italiana ravvisa l'esistenza di una posizione di garanzia, in termini di posizione di controllo, per quanto riguarda i conducenti delle auto a guida autonoma, sui quali ricadrebbe, per l'appunto, il compito di governare una fonte di pericolo: in tal senso A. Cappellini, *Profili penalistici delle self-driving cars*, in *DPenCont* 2019, 334; C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, in *RIDPP*, 2020, 1753. Sulla possibilità, invece, di identificare una responsabilità per omissione per la mancata predisposizione di cautele volte ad evitare attacchi hacker v. G. Capilli, *I criteri di interpretazione della responsabilità*, in G. Alpa, *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa 2020, 485.

¹⁸⁸ La società di diritto in cui viviamo non è nuova all'alternarsi di fenomeni avversati in un primo momento e, successivamente, regolamentati. Si usa a tal proposito distinguere tra "coscienza reale", la quale annovera nella propria definizione tutto ciò che, in un dato momento storico, trova pacifico riconoscimento sociale, e "coscienza possibile", la quale ricomprende tutti quei fenomeni non ancora socialmente accettati ma che, in prospettiva futuribile, sono forieri di una possibile regolamentazione giuridica: «così, la "coscienza possibile" diviene, con il tempo e con l'evolversi della cultura, "coscienza reale", ed anche la sensibilità giuridica di quella cultura parallelamente si evolve. La contrarietà ai principi di ordine pubblico subisce, così, *frontiere parallelamente mobili*, rendendo accettabile e lecito oggi quanto pareva contrario ad ogni principio ieri; e dunque accettabile domani qualcosa che oggi rifiutiamo (...) Dall'*ostracismo sociale*, e dalla *parallela illiceità*, alla *accettazione sociale* ed al conseguente suo ingresso nel novero delle libertà individuali lecitamente esercitabili»: così U.

Ai giuristi spetterà chiedersi quale possa essere il futuro ruolo rivestito dalle posizioni di protezione e di controllo: le prime, infatti, potrebbero ricavare nuova linfa dall'emergere di beni giuridici di nuovo conio e le seconde troveranno, verosimilmente, il loro terreno d'elezione nelle future attività pericolose che, proprio per la loro utilità sociale, verranno riconosciute presso i consociati. In tal senso si dovrebbe evitare di cedere il passo a facili allarmismi verso ciò che è (ancora) ignoto – in quanto «il rischio o l'ignoranza di ciò che può accadere vivono accanto all'evoluzione»¹⁸⁹ – per non consentire alla *società del rischio* di cedere il passo alla *società della paura*.

10. Nonostante gli approfonditi dibattiti dottrinali sul reato commissivo mediante omissione e le intersezioni fra le opzioni legislative dei diversi ordinamenti, la questione sul *quomodo* della disciplina dei reati omissivi sembra rimanere ancora aperta¹⁹⁰.

Possiamo senza dubbio considerare positivamente la scelta del legislatore spagnolo (come anche italiano) in ordine all'*an*, ossia all'introduzione di una disciplina *ad hoc* per i reati omissivi impropri. Tale assunto potrebbe apparire banale ma in realtà non lo è affatto.

Prima dell'entrata in vigore del codice del 1995 la tendenza autolimitativa assunta dagli organi giudiziari aveva indotto taluni a ritenere la non necessarietà di una clausola di incriminazione come quella di cui all'art. 11 c.p.s.¹⁹¹.

Anche durante l'*iter* di approvazione del § 13 *Strafgesetzbuch* tedesco si discusse sul punto. In quella sede fu tentata una precisa selezione delle fonti dell'obbligo giuridico di attivarsi ma, successivamente, vennero palesati seri dubbi circa l'opportunità di una tassativa elencazione, in quanto foriera di potenziali lacune. «Proprio la convinzione che tutti i tentativi di fissare legalmente le ipotesi in cui sussiste una posizione di garante sarebbero falliti, aveva indotto Bockelmann, Mezger e Welzel a proporre, con pareri scritti prima dell'inizio della seconda lettura, la soppressione di ogni regolamentazione dei reati omissivi impropri. Se risulta impossibile – osservavano tali

Ruffolo, A. Amidei, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *GI*, 2019, 1664, corsivo nostro.

¹⁸⁹ G. Quintero Olivares, *La robótica ante el derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, in *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2017, 20.

¹⁹⁰ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 51.

¹⁹¹ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 47 s.

autori – determinare esattamente i presupposti in presenza dei quali un'omissione è punibile, appare preferibile rinunciare ad ogni disciplina degli *unechte Unterlassungsdelikte*». Tale forma di rassegnazione venne però superata, giungendo così alla formulazione di una clausola generale nella quale si richiede che il soggetto agente sia garante dell'impedimento dell'evento¹⁹².

Risultano infatti condivisibili in tal senso le parole di quella parte di dottrina spagnola ad avviso della quale «*es preferible una cláusula general por más imperfecta que ésta sea, al silencio legal*»¹⁹³.

Non sono, tuttavia, mancate le critiche circa l'opzione legislativa della clausola generale: quest'ultima, da un lato, genererebbe un'inevitabile incertezza giuridica – lasciando “ampio margine di creatività” alla giurisprudenza – che potrebbe portare a indesiderate estensioni interpretative. In tal senso è stato evidenziato che «la soluzione definitiva ai problemi ancora posti dalla punibilità della *commissione per omissione* non sta nel trovare una *clausola generale migliore ma nel trovare qualcosa di meglio di una clausola generale*»¹⁹⁴.

In questo contesto si collocano a pieno titolo le riflessioni di parte della dottrina argentina, ad avviso della quale la costruzione analogica delle tipologie criminali in materia omissiva, realizzata per il tramite di una formula generale, non solo integrerebbe una *irresponsabile banalizzazione del diritto penale* ma condurrebbe, altresì, ad una pericolosa confusione tra morale e diritto¹⁹⁵.

Non è infatti casuale che una parte della dottrina, tanto spagnola¹⁹⁶ quanto italiana¹⁹⁷, ritenga maggiormente opportuno introdurre una regolamentazione dell'omissione penalmente rilevante nella sola parte speciale del codice penale, prevedendo un sistema di incriminazione basato su un *numerus clausus* di ipotesi di responsabilità per omissione impropria, seguendo l'esempio della legislazione argentina¹⁹⁸.

¹⁹² G. Grasso, *op. cit.*, 33 ss.

¹⁹³ S. Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit., 160, corsivo nostro.

¹⁹⁴ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 50 ss., corsivo dell'A.

¹⁹⁵ R. Zaffaroni, *op. cit.*, 1395.

¹⁹⁶ S. Huerta Tocildo, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., 29.

¹⁹⁷ M. Romano, *op. cit.*, 393; guarda con interesse a tale orientamento anche G. de Vero, *op. cit.*, 703.

¹⁹⁸ «Nella legislazione argentina non esiste nemmeno una formula generale di equivalenza che permetta la costruzione analogica di tipi non scritti e, se esistesse, sarebbe incostituzionale di fronte al divieto generale di analogia *in malam partem*. Pertanto, in conformità con l'intera tradizione legislativa locale, non vi è alcun riferimento all'omissione che consentirebbe la possibilità di costruire analogicamente questi tipi giudiziari. Nella

Una possibile via mediana potrebbe essere quella di procedere ad una tipizzazione delle varie posizioni di garanzia proprio nella parte generale del nostro codice. Per quanto tale intervento non sarebbe esaustivo, in termini di disciplina complessiva dei reati omissivi impropri, esso aumenterebbe il tasso di determinatezza delle fattispecie commissive mediante omissione e fornirebbe un maggiore agio al legislatore per intervenire, ove necessario, in un momento successivo per adeguare la disciplina.

Indipendentemente dalla via che si ritenga maggiormente preferibile, un punto sembra però incontrovertibile. Il passo fondamentale sarebbe specificare il più possibile, in generale, i contorni della fattispecie omissiva impropria e, in particolare, il risultato che, se non evitato, può essere imputato come una commissione per omissione: tanto più è definito il risultato, tanto più è possibile identificare chi può essere considerato come garante dell'impedimento dell'evento lesivo. In altri termini, *«quanto più specifico è il risultato da imputare, tanto più ristretta è l'imputazione (certezza del diritto) e tanto più specifica è la designazione della persona obbligata a evitarlo»*¹⁹⁹.

In questo senso, il valore che dovrebbe essere maggiormente perseguito a livello legislativo sarebbe a pieno titolo individuabile nella certezza del diritto. Sembra purtroppo che, a tutt'oggi, tale obiettivo sia lungi dall'essere raggiunto e che, piuttosto, il costante stato dell'arte sul tema possa essere sintetizzato nella considerazione per cui *«lo único seguro en los delitos improprios de omisión es que no hay nada seguro»*²⁰⁰.

parte speciale, sono presenti numerose tipologie di reati omissivi impropri, paralleli alle corrispondenti tipologie attive e con la loro cerchia di autori delimitata (nella posizione di garante)»: così R. Zaffaroni, *op. cit.*, 1396. «Esempi come l'abbandono di una persona o la classica omissione di assistenza (art. 108), sono ben lungi dall'esaurire l'elenco delle tipologie di omissione ideate dal codificatore argentino. A parte queste figure, ve ne sono ventinove incorporate nel testo ancora in vigore, in diversi titoli della Parte Speciale: sette di esse tra i reati contro la libertà; dodici tra le diverse tipologie di reati contro la Pubblica Amministrazione; quattro tra i reati contro la proprietà; tre tra quelli che riguardano la sicurezza pubblica; una che offende la sicurezza della Nazione e due tra i reati contro i poteri pubblici e l'ordine costituzionale. Questa plausibile diligenza spiega perché, a differenza di quanto accade in gran parte del Diritto comparato, il codice argentino non prevede una clausola generale di equivalenza nella sua Parte generale, che tende a raggruppare condotte omissive e attive, una precauzione inane per rispondere al principio di stretta legalità»: così L. Fernando Niño, *op. cit.*, 848.

¹⁹⁹ J. Cuello Contreras, *op. cit.*, 785, corsivo dell'A.

²⁰⁰ E. Gimbernat Ordeig, *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, 7, corsivo nostro.