

QUESTIONI APERTE

Posizione di garanzia e omicidio volontario

La decisione

Omissione e concorso in omicidio doloso - (Artt. 40, 43, 110, 116, 575 C.p.).

La responsabilità ex art. 40, co. 2, c.p. presuppone la titolarità di una posizione di garanzia nei confronti del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice violata, dalla quale deriva l'obbligo di attivarsi per la salvaguardia di quel bene; obbligo che si attualizza in ragione del perfezionarsi della c.d. "situazione tipica". In presenza di tali condizioni, la semplice inerzia assume significato di violazione dell'obbligo giuridico (di attivarsi per impedire l'evento) e l'esistenza di una relazione causale tra omissione ed evento consente di ascrivere il reato secondo la previsione dell'articolo 40, co. 2, c.p.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE V, 19 luglio 2021 (ud. 3 maggio 2021), - BRUNO, *Presidente* - MICCOLI, *Relatore* - MIGNOLO, *P.G.*, (*Conf.*) - Ciontoli e alt., *ricorrenti*.

La posizione di garanzia nel rapporto di ospitalità: il caso Vannini

La difficoltà riscontrata nella pratica di qualificare correttamente una condotta in termini omissivi o commissivi è sovente foriera di conseguenze giuridiche sull'intero impianto di diritti. Ciò è accaduto nel noto caso di cronaca nera che ha riguardato la morte del giovane Vannini, in quanto l'impropria qualificazione delle condotte degli imputati in termini omissivi da parte delle due pronunce della Corte di cassazione che si sono susseguite ha poi imposto un'inevitabile dilatazione delle tipiche fonti delle posizioni di garanzie, dando ampio margine di operatività alla inafferrabile figura dell'assunzione volontaria di compiti di tutela.

The duty of care in the hospitality relationship: the case Vannini

The difficulty encountered in the practice of correctly qualifying a conduct in terms of omission or commission is after a harbinger of legal consequencers on the entire system of right. This happened in the well-know criminal case in the news that concerned the death of the young Vannini, as the improper qualification of the conduct of the accused in terms of omission by the two decisions of the Court of cassation then imposed an inevitable expansion of the typical sorces of duty of care, creating voluntary assumptions of the duties to protect.

SOMMARIO: 1. Le vicende processuali e la posizione assunta dalla Corte di cassazione. - 2. I reati omissivi impropri: l'individuazione delle posizioni di garanzia nella dottrina e nella giurisprudenza. - 3. La natura omissiva delle condotte degli imputati e la loro posizione di garanzia. - 4. La sentenza della Corte di cassazione, V Sez., del 3 maggio 2021, n. 27905: tra "teoria funzione-contenutistica" e l'assunzione spontanea e unilaterale di compiti di tutela". - 5. I caratteri del c.d. "contatto sociale qualificato" tracciati dalla giurisprudenza civilistica. - 6. La figura del c.d. "contatto sociale qualificato" nel caso Vannini. - 7. Conclusioni.

1. *Le vicende processuali e la posizione assunta dalla Corte di cassazione.* Il 19 luglio 2021 sono state depositate le motivazioni della sentenza della V sezione penale della Corte di cassazione, n. 27905, con la quale è stato messo un punto definitivo sul noto “caso Vannini”, salito agli onori della cronaca nera. Tale pronuncia si inserisce nel solco già tracciato dalla Corte di Cassazione, I Sez., del 7 febbraio 2020, n. 9049, con la quale in prima battuta era stata annullata la pronuncia della Corte d’Assise d’appello di Roma.

La dottrina, con lavori pubblicati anche su questa rivista, ha già esaminato le due sentenze, evidenziandone le contraddizioni e la debolezza delle argomentazioni¹.

Volendo sommariamente ripercorrere la vicenda in fatto e in diritto, occorre risalire al 17 maggio 2015, quando il giovane Marco Vannini, appena ventenne, perse la vita all’interno dell’abitazione della famiglia Ciontoli, attinto da un colpo di pistola semiautomatica Beretta calibro 9-380 esploso da Antonio Ciontoli, che, simulando uno scherzo ed erroneamente credendo che la pistola fosse scarica, la puntò in direzione del ragazzo mentre stava facendo una doccia, scarrellò, premette il grilletto ed esplose un colpo che raggiunse quest’ultimo al livello della faccia esterna del terzio medio del braccio destro con tramite che attraversò il lobo superiore del polmone destro e dopo il cuore.

Nonostante l’avesse ferito, Antonio Ciontoli ritardò i soccorsi e fornì agli operatori del “118” e al personale paramedico informazioni false e fuorvianti, così cagionandone il decesso, che avvenne alle ore 3,00 del 18 maggio 2015 a causa di anemia acuta meta emorragica.

Nel giudizio di primo grado celebrato dinanzi alla Corte d’Assise di Roma,

¹ FRAGASSO, *La Cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio mediante omissione e omissione di soccorso aggravata dall’evento morte in un noto caso di cronaca*, in www.sistemapenale.it; PIERGALLINI, *Il “caso Ciontoli/Vannini”: un enigma ermeneutico ‘multichoice’*, 25 giugno 2020, in www.discrimen.it; SPINA, *Il “caso Vannini”. Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, in questa *Rivista Web*; GARGANI, *Lo strano caso dell’“azione colposa seguita da omissione dolosa”. Uno sguardo critico alla sentenza “Vannini”*, in www.discrimen.it; DE BLASIS, *Precisa enucleazione della posizione di garanzia come criterio selettivo nel reato omissivo improprio*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 4, 460 ss.; PRANDI, *Alla ricerca del fondamento: posizioni di garanzia fattuali tra vecchie e nuove perplessità*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 5, 654 ss.

agli imputati Antonio Ciontoli, ai figli Federico e Martina Ciontoli, nonché alla moglie Maria Pezzillo, venne contestato l'omicidio volontario "in concorso tra loro, perché ritardavano i soccorsi e fornivano agli operatori del 118 e al personale paramedico, informazioni false e fuorvianti, così cagionando, accettando il rischio, il decesso del Vannini...".

Con sentenza del 18 aprile 2018 è stata in primo grado affermata la responsabilità di Antonio Ciontoli per omicidio doloso, mentre per gli altri imputati, per i quali era stata inizialmente mossa la medesima imputazione di omicidio doloso, la Corte ha riconosciuto una loro responsabilità per il delitto di omicidio colposo, in particolare per aver concorso a titolo di colpa nell'omicidio commesso da Antonio Ciontoli, avendo escluso che alcuno di loro fosse stato presente al momento dell'esplosione del colpo di pistola e avendo accertato che non erano stati informati da Antonio Ciontoli dell'esatta causa del ferimento, ricondotto da quest'ultimo a "un colpo d'aria, una bolla d'aria che si era formata nella pistola".

La Corte, insomma, ha evidenziato che fosse loro rimproverabile solo l'aver omesso per un tempo apprezzabile di meglio verificare la causa del malessere di Marco Vannini, della cui ferita erano comunque consapevoli, avendo visto l'accappatoio e un asciugamano macchiati di sangue, avendo rinvenuto il bossolo esploso ed essendo stati spettatori del progressivo peggioramento delle condizioni di salute della vittima, che per il dolore si lamentava ad alta voce.

Con sentenza del 29 gennaio 2019 la Corte d'Assise d'appello di Roma, investita dell'appello del Procuratore generale e degli altri imputati, pur confermando la pronuncia di primo grado per Federico e Martina Ciontoli e per Maria Pezzillo, ha riformato la sentenza nei confronti di Antonio Ciontoli, riqualificando anche per quest'ultimo l'imputazione in quella di omicidio colposo con l'aggravante di aver previsto l'evento, in questo modo rideterminando in cinque anni di reclusione la iniziale pena di quattordici anni di reclusione.

La Corte, scartando l'ipotesi di qualificazione di tutte le condotte degli imputati secondo la norma incriminatrice dell'omissione di soccorso e del favoreggiamento, ha ritenuto applicabile l'art. 40 cpv c.p., fondando l'obbligo giuridico di impedire l'evento sul generalissimo principio del "*neminem laedere*".

Secondo i giudici d'appello Antonio Ciontoli esplose colposamente il colpo di pistola che raggiunse Marco Vannini; quindi ritardò i soccorsi e dette informazioni false e fuorvianti ai soccorritori intervenuti, per il prevalente intento di attenuare le prevedibili conseguenze dannose per il suo lavoro; rivelò quanto realmente accaduto, ossia che Marco Vannini era stato colpito da un colpo di pistola, soltanto al momento del ricovero al Posto di Primo Intervento di Ladispoli, chiedendo al medico di turno di falsificare il referto e di non specificare la causa della lesione; anche successivamente, in sede di interrogatorio dinanzi al pubblico ministero, continuò a mentire, affermando che la pistola gli era scivolata e che il colpo era partito accidentalmente nell'atto della caduta dell'arma; dichiarò il vero soltanto a fronte della contestazione dei contenuti delle intercettazioni ambientali fatte nei locali della Compagnia Carabinieri di Civitavecchia. Insomma, secondo la Corte, Antonio Ciontoli agì con colpa e non con dolo (eventuale), ritenendo che non fosse sufficiente, per poter affermare la sussistenza del più grave coefficiente psicologico, l'accettazione del rischio che l'evento si sarebbe prodotto, occorrendo un *quid pluris* costituito dall'accertamento che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verifica dell'evento (cd. formula di Frank), ciò che nel caso in esame non poteva ritenersi integrato in quanto la morte di Marco Vannini avrebbe inesorabilmente fatto trapelare quanto accaduto, con inevitabili conseguenze sul piano lavorativo.

Con la sentenza emessa dalla Corte di Cassazione, I Sez., del 7 febbraio 2020, n. 9049, è stata annullata la pronuncia della Corte d'Assise d'appello di Roma, con rinvio ad altra sezione per un nuovo esame dell'elemento soggettivo in capo a tutti gli imputati.

Tema, quest'ultimo, da inquadrare - secondo i Giudici - all'interno della complessa vicenda che già nei gradi di merito era stata concordemente scomposta in due segmenti di condotte, uno riferito soltanto ad Antonio Ciontoli, l'altro anche ai suoi familiari, moglie e figli: la prima condotta - che nel capo di imputazione è posta alla stregua di un antefatto ("dopo che Ciontoli Antonio ... aveva esploso colposamente...") - si sostanziò nell'esplosione colposa di un colpo d'arma da fuoco che procurò una lesione alla vittima; la seconda

consistette nel ritardo nell'attivazione dei soccorsi e nelle false informazioni date agli operatori sanitari che infine intervennero.

Quanto alla individuazione di una "posizione di garanzia", la Corte di Cassazione, dopo aver dato atto che, secondo la descrizione dell'imputazione e quanto poi accertato nelle sentenze di merito, le omissioni si combinarono con porzioni di condotte attive, ha rilevato che:

- una condotta omissiva fu tenuta da tutti gli imputati nel segmento successivo all'esplosione di un colpo di pistola; tutti gli imputati intervennero, con le loro condotte sostanzialmente omissive, dopo che il ferimento di Marco Vannini si era già verificato, e quindi incisero sull'aggravamento delle sue condizioni, violando un obbligo di intervento qualitativamente diverso dal mero obbligo di soccorso ed espressivo di una posizione di garanzia;

- si ebbe un lungo lasso temporale durante il quale Antonio Ciontoli e i suoi familiari si presero cura di Marco Vannini, che pure non perse coscienza. Marco Vannini si trovava nell'abitazione della famiglia Ciontoli in ragione della relazione affettiva che lo legava a Martina.

- con l'intero nucleo familiare della fidanzata la vittima era in rapporti di spiccata confidenza, di tipo sostanzialmente familiare, è allora del tutto logico - sostiene la Corte di cassazione - concludere che Marco Vannini, rimasto ferito in conseguenza di quello che si è ritenuto un anomalo incidente, restò affidato alle cure di Antonio Ciontoli e dei suoi familiari;

- la "sequenza di azioni" rende chiaro che Antonio Ciontoli e i suoi familiari assunsero volontariamente rispetto a Marco Vannini, rimasto ferito nella loro abitazione, un dovere di protezione e quindi un obbligo di impedire conseguenze dannose per i suoi beni, anzitutto la vita.

Quanto alla sussistenza del dolo eventuale, la sentenza di annullamento ha censurato quella di appello affermando che è stato fatto un uso non accorto delle indicazioni interpretative contenute nella sentenza delle Sezioni Unite n. 38343 del 24 aprile 2014, Espenhahn e altri. Ha quindi individuato una serie di precisi indicatori in base ai quali la conclusione assunta dalla Corte territoriale sull'assenza del dolo era da ritenersi caratterizzata da vizi motivazionali: la finalità della condotta; quello, prossimo, delle conseguenze negative in caso di verifica dell'evento; lo spazio di ponderazione delle conseguenze del-

la condotta; le specifiche competenze di Antonio Ciontoli, militare di carriera e possessore di armi; la persistenza e la pervicacia del mendacio successivo, che ha segnato una linea di continuità assolutamente omogenea con il comportamento tenuto sin da subito, immediatamente dopo il ferimento.

In relazione, infine, alla posizione di Maria Pezzillo, Federico e Martina Ciontoli, la sentenza di annullamento ha evidenziato la manifesta illogicità e contraddittorietà delle argomentazioni utilizzate per sostenere l'affermazione della colpa.

Ha quindi analizzato tutti gli elementi di fatto emersi per censurare il percorso argomentativo che aveva portato i giudici di merito a leggere le condotte in termini di negligenza e di imprudenza; ha inoltre ritenuto non corretta la scelta di qualificazione operata.

Con sentenza del 30 settembre 2020, all'esito del giudizio di rinvio, la Corte di Assise di appello di Roma ha riformato la pronuncia di primo grado limitatamente alla posizione di Maria Pezzillo, Federico e Martina Ciontoli, che ha ritenuto colpevoli, in concorso ai sensi dell'art. 116 c.p., del reato di omicidio volontario e, per l'effetto, riconosciute le attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis* c.p., li ha condannati alla pena di anni nove e mesi quattro di reclusione ciascuno.

Ha invece confermato la sentenza di primo grado quanto all'affermazione di responsabilità di Antonio Ciontoli per omicidio volontario con dolo eventuale.

La Corte territoriale ha recepito le indicazioni della sentenza di annullamento in ordine alla necessità di scomporre la vicenda in due fasi: la prima che riguarda l'azione commissiva colposa idonea ad uccidere (l'esplosione del colpo d'arma da fuoco), riferibile al solo autore della condotta; la seconda che attiene ai comportamenti successivi (attivi e omissivi) posti in essere dall'intero gruppo familiare, che hanno ostacolato e rallentato il soccorso di Vannini (come si è già detto, tale scomposizione si rinviene nel capo di imputazione ed è stata recepita anche nelle precedenti sentenze di merito).

Ha poi qualificato il fatto in termini di concorso in omicidio mediante omissione, rinvenendo una posizione di garanzia *ex art. 40 cpv c.p.* in capo a tutti gli imputati presenti sul luogo del delitto in forza "di una assunzione *de facto*

delle cure del ferito”.

Ha infine esaminato per ognuno degli imputati la rispondenza agli indicatori individuati dalle Sezioni Unite Espenhahn per accertare la configurabilità del dolo eventuale.

Quanto all’affermazione di responsabilità dei familiari per concorso anomalo *ex art. 116 c.p.*, la Corte d’Assise d’appello ha ricordato che la responsabilità del concorrente per il fatto doloso del correo è “sostanzialmente colposa”. Ha quindi sostenuto che, a differenza della posizione di Antonio Ciontoli – descritto come figura autoritaria, complice anche l’età e la mansione di militare in carriera –, il ruolo dei familiari concorrenti non consentisse di ravvisare, senza alcun ragionevole dubbio, l’elemento del dolo (eventuale) con riferimento alla morte del Vannini. Si è assunto, in particolare, che tali imputati, pur rendendosi conto della gravità della ferita inferta alla vittima e del peggioramento delle sue condizioni di salute, si fossero prefigurati un evento meno grave rispetto a quello ravvisato ed accettato da Antonio Ciontoli, ossia quello delle lesioni gravi.

Come accennato, un punto definitivo alla vicenda sommariamente descritta è stato posto dalla sentenza della Corte di cassazione, V Sez. del 3 maggio 2021, n. 27905, con la quale è stata confermata la pronuncia della Corte d’Assise d’appello nei confronti di Antonio Ciontoli e riqualificata la partecipazione ai fatti delittuosi di Federico, Martina Ciontoli e Maria Pezzillo ai sensi degli artt. 110, 114 co. 3 e 575 c.p., in questo modo escludendo un loro coinvolgimento in termini di c.d. “concorso anomalo”.

Questi i fatti e le pronunce che si sono susseguite nei diversi gradi di giudizio, la vicenda in esame è dal punto di vista giuridico sicuramente ricca di spunti di riflessione per i molteplici temi trattati dalla Corte di cassazione nelle due pronunce; solo per accennarne alcuni, rileva: la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, l’inammissibile configurazione del concorso colposo in delitto doloso, la distinzione tra il c.d. “concorso anomalo” e l’attenuante di cui all’art. 114 co. 3 c.p.

Mentre tali argomenti vengono trattati nelle due pronunce della Corte di cassazione puntualizzando e chiarendo principi già in passato elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in modo più o meno coerente, non altrettanto può

dirsi per le argomentazioni adoperate per qualificare la responsabilità degli imputati in termini di omissione c.d. “impropria”, sulle quali si ritiene necessario soffermarsi in questa sede.

2. I reati omissivi impropri: l'individuazione delle posizioni di garanzia nella dottrina e nella giurisprudenza. Posto che agli imputati è stato riconosciuto il reato di omicidio doloso a titolo omissivo, prima di procedere all'esame delle pronunce della Suprema Corte di cassazione, si impone una breve panoramica sui reati omissivi impropri e sulle teorie che oggi si contendono il campo.

I reati omissivi impropri nascono con la violazione dell'obbligo di impedire il verificarsi di un evento lesivo.

La problematicità di tale figura origina dal fatto che l'evento, del cui mancato impedimento si è chiamati a rispondere, è quello tipico di una fattispecie commissiva, cioè sorta in origine per incriminare un fatto incentrato su di un comportamento positivo.

Il codice penale si limita a regolamentare l'illecito omissivo improprio nella parte generale, mediante la previsione della c.d. “clausola di equivalenza” dal seguente contenuto: “non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo” (art. 40 cpv c.p.).

Si comprende che il reato omissivo improprio viene di volta in volta ricostruito dall'interprete mediante l'innesto dell'art. 40 cpv c.p. nelle norme di parte speciale che sono suscettibili di conversione in reati omissivi, in questo modo costruendo una nuova figura di reato e determinando una estensione dell'ambito di punibilità².

Posto che il dovere giuridico di agire dei reati omissivi impropri include nel suo oggetto l'impedimento dell'evento, una prima delimitazione dell'operatività della clausola di equivalenza ex art. 40 cpv c.p. è imposta dalla riferibilità della stessa alle sole ipotesi commissive con evento in senso naturalistico³, e non anche a quelle di mera condotta⁴. A determinare tale conclu-

² MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2018, 251; MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2013, 132 ss.

³ Secondo la tradizionale interpretazione ermeneutica l'evento andrebbe inteso in senso naturalistico, più precisamente come quell'evento che secondo le leggi naturali si ricollega causalmente alla condotta dell'agente. Diversa l'impostazione ritiene che l'interpretazione più corretta dell'evento sia quella giuri-

sione è la stessa collocazione della norma, che, inserita in un articolo rubricato “Rapporto di causalità”, impedisce la sua applicazione ai reati di mera condotta attiva: la connessione operata dal legislatore tra regola dell’equivalenza e problema causale si presta, infatti, a valere come indice a favore dell’ambito operativo della fattispecie omissiva impropria limitatamente ai casi in cui affiora il problema del nesso causale tra condotta ed evento lesivo⁵.

Occorre però escludere dal novero dei reati di evento suscettibili di rientrare nella clausola di conversione di cui all’art. 40 cpv c.p. quelli caratterizzati da elementi strutturali che possono accedere soltanto ad una condotta positiva, evidenziandone le caratteristiche fenomeniche o attecchendosi a modalità ulteriori che accompagnano l’azione.

Per esemplificare si pensi al delitto di truffa: qui l’induzione in errore, che rappresenta l’evento costitutivo del reato, deve essere cagionata mediante “artifici e raggiri”, cioè secondo modalità comportamentali che presuppongono, per potersi manifestare, un effettivo attivarsi diretto ad ingannare la vittima presa di mira⁶.

Su tale versante, di diverso avviso è la giurisprudenza, che è orientata nel senso di ammettere la configurabilità di un reato omissivo improprio anche nei reati a forma vincolata⁷.

La *ratio* dell’art. 40 cpc c.p. è da individuare nel giusto equilibrio tra i doveri inderogabili di solidarietà di cui all’art 2 della Cost. e i diritti di libertà riconosciuti dall’art. 13 della Cost.⁸

Come la dottrina più attenta ha avuto modo di rilevare⁹, tale tecnica di incriminazione solleva alcune perplessità di ordine costituzionale in merito al ri-

dica, secondo la quale esso consisterebbe nell’offesa al bene giuridico tutelato dalla norma di riferimento.

⁵ ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 2004, *sub* art. 40, 81: l’Autore evidenzia l’inadeguatezza dell’attuale regolamentazione legislativa del reato omissivo improprio, sottolineando come esso rappresenti attualmente «uno dei casi più clamorosi di creazione giudiziale delle fattispecie penali».

⁶ FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 586.

⁷ FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 586.

⁸ Cass., Sez. III, 22 settembre 2016, Mimun, in *Mass. Uff.*, n. 268554.

⁹ GIOVAGNOLI, *Studi di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 1999, 1110.

⁹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 584.

spetto dei principi di legalità e sufficiente determinatezza della fattispecie, in quanto – come è agevole intuire – gli elementi di cui si compone la fattispecie omissiva vengono in gran parte ricostruiti dal giudice, al quale spetta il delicato e complesso compito di selezionare le fattispecie di azione legalmente tipizzate da convertire in corrispondenti ipotesi omissive, ma, soprattutto, di individuare la posizione di garanzia, cioè gli obblighi di agire, la cui violazione giustifica una responsabilità per omesso impedimento.

Ed infatti, il problema centrale posto dall'art. 40 cpv c.p. è quello della individuazione degli obblighi giuridici la cui violazione consenta l'affermazione della responsabilità penale.

Sul punto, bisogna innanzitutto chiarire che l'obbligo giuridico rilevante non è qualsiasi obbligo di attivarsi, non essendo sufficiente un dovere generico che possa gravare su chiunque, come il dovere di assistenza previsto dal reato di omissione di soccorso, in quanto l'art. 40 cpv c.p. dà rilievo ad un vincolo speciale di tutela gravante su una specifica categoria di soggetti, con una specifica funzione di garanzia di interessi penalmente protetti¹⁰ (*rectius*: posizione di garanzia).

Non essendo regolate dal codice penale, le posizioni di garanzia sono dei punti di raccordo tra il sistema penale e l'ordinamento giuridico complessivo, per la cui delimitazione si sono viste fiorire diverse teorie.

Secondo la teoria c.d. "formale"¹¹, soltanto determinate fonti qualificate sul piano appunto formale possono far sorgere in capo a specifici soggetti l'obbligo giuridico di attivarsi per impedire l'evento. Tale teoria, sposata in

¹⁰ GIOVAGNOLI, *Studi di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 1114.

¹¹ ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1936, 11; BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, XI ed. 1982, 280; PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 1967, 383; SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, 178 ss.; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1950-1952, 54 ss.; ID., *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1934, 48-49; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 193-194; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1980, 372-373. Secondo tali autori l'obbligo di garanzia può scaturire solo da fonti qualificate sul piano formale, individuabili, secondo quella che è stata efficacemente definita come "teoria del trifoglio", nella legge (penale o extrapenale), nel contratto e nella precedente attività pericolosa (cd. responsabilità ex *Ingerenz*). Parte della dottrina, poi, ha ritenuto di aggiungere al catalogo anche la *negotiorum gestio* [GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit., 55; CARACCIOLI, voce *Omissione* (dir. pen.), in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 896 ss.; in senso critico, invece, MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 349-351] e la consuetudine (ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., 311 ss.

molteplici occasioni dalla Corte di cassazione¹², si fonda sul postulato che l'obbligo giuridico possa scaturire solo da particolari fonti qualificate sul piano formale, dunque la legge, fonti sub-legislative quali provvedimenti amministrativi, i regolamenti e simili, il contratto e la precedente attività pericolosa (con ciò non poco scostandosi, però, dal criterio formale che si vorrebbe rispettare, e anzi dando vita ad argomentazioni quanto mai artificiose). Alcuni autori hanno poi esteso il novero delle possibili fonti, includendovi anche la gestione di affari altrui e la consuetudine¹³. Pur essendo stata apprezzata per aver escluso la rilevanza penale della condotta omissiva posta in essere in violazione di un obbligo morale, tale teoria è stata, d'altro lato, criticata in ragione dell'eccessiva "accentuazione dell'origine legale dell'obbligo e della sua natura giuridica", ciò che farebbe perdere di vista gli obiettivi sostanziali della repressione penale, cioè il "contenuto materiale dell'obbligo giuridico di impedire"¹⁴.

Volendo tentare di schematizzare le critiche rivolte alla teoria formale:

A) si sostiene, in primo luogo, che essa risulta incapace di selezionare, nell'abito del vasto e assortito panorama degli obblighi di agire previsti da fonti formali, quelli aventi una reale "funzione di garanzia", posto che non ogni obbligo extra-penale di attivarsi è automaticamente suscettibile di convertirsi in un obbligo di impedire l'evento, perché in caso contrario si subordinerebbe il giudizio di rilevanza penalistica *ex art. 40 cpv c.p.* al richiamo di criteri di valutazione facenti capo ad altre branche dell'ordinamento, trascurando che le esigenze di tutela del diritto penale non sono assimilabili a quelle di altri settori del sistema giuridico;

B) essa non è in grado di distinguere tra mera obbligazione contrattuale ed obbligo di garanzia, col rischio di escludere quest'ultimo nei casi di invalidità del contratto, anche se il soggetto ha preso in carico il bene e vi è stato il conseguente affidamento dello stesso da parte del titolare o del garante originario;

C) la teoria formale entra in contraddizione con se stessa nell'includere tra le fonti dell'obbligo di impedire l'evento "l'agire pericoloso precedente": non

¹² Cass., Sez. III, 30 gennaio 2008, B, in *Mass. Uff.*, n. 238698; Id., Sez. III, 28 gennaio 2003, Capecechi, *ivz*, n. 224706.

¹³ In senso critico, però, MARINUCCI, *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 507.

¹⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 566.

esiste, infatti, alcuna norma giuridica esplicita in base alla quale possa affermarsi che il compimento di una precedente azione pericolosa dia vita al sorgere di obblighi a contenuto impeditivi.

Attese le insufficienze della teoria formale, la dottrina ha impostato il problema di individuazione delle posizioni di garanzia sulla base di criteri sostanziali, dedicando maggiore attenzione alla funzione svolta dalla regola di equivalenza tra il non impedire e il cagionare sancita dall'art. 40 cpv c.p. (teoria c.d. "funzionale").

Sorta in Germania negli anni '30, sviluppatasi nel dopoguerra ed attualmente dominante, la predetta teoria individua la funzione della responsabilità per omesso impedimento nell'esigenza solidaristica della tutela "rafforzata" di beni giuridici (per incapacità di adeguata protezione da parte dei titolari) mediante predisposizione di appositi garanti. L'obbligo di garanzia non deriva da fonti formali, ma dalla "posizione fattuale di garanzia" del bene, che viene assunta in concreto da specifici soggetti (es. per convivenza continuativa, presa in carico, consensuale o unilaterale, del bene)¹⁵.

Nondimeno, risulta evidente che uno dei principali limiti di essa è l'insanabile contrasto con il principio di legalità-riserva di legge, nonché con il principio di legalità-tassativa, non consentendo di circoscrivere la responsabilità per "non impedimento" entro confini ben precisi, stante la diversità di criteri elaborativi per individuare e delimitare la posizione di garanzia.

A fronte delle predette osservazioni, altra dottrina¹⁶ ha rilevato la necessità di una reciproca integrazione tra "teoria formale e teoria sostanziale", nel senso che la selezione degli obblighi di garanzia va effettuata sulla duplice base della loro previsione in una fonte formale e della loro corrispondenza alla funzione sostanziale di garanzia (c.d. "teoria mista").

Si sottolinea, pertanto, che è innanzitutto la legge, in senso formale, la fonte

¹⁵ FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Rapporto italiano al Colloquio preparatorio del XII Congresso dell'Associazione Internazionale de droit pénal sul tema Infractions d'omission et responsabilité pénale pour omission*, Urbino, 7-10 ottobre 1982, in *Foro italiano*, 1983, I, c. 29 e spec. nota 8; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1988, 189, nota 30; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Milano, 1975, 118-136, 187-239, 123-127; CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, Padova, 2002, 188; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 66.

¹⁶ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, sub art. 40, 391.

privilegiata di obblighi giuridici di impedire eventi penalmente rilevanti, i quali possono scaturire anche da fonti di rango sub-legislativo, come regolamenti e provvedimenti amministrativi, o dal contratto; tali fonti di obblighi vanno poi selezionate in base a criteri funzionali, consistenti nell'effettivo potere conferito all'agente, nella concreta situazione, per proteggere determinati beni giuridici o per controllare fonti di pericolo.

Non sono mancate critiche anche verso tale ultima impostazione, ritenuta troppo restrittiva: la base formale deve essere legale, determinata, attributiva di poteri impeditivi e chiaramente protesa al rafforzamento della protezione di un bene; intesa però in senso più ampio, essa lambirebbe la teoria c.d. "funzionale", ereditandone i limiti, in quanto avrebbe come fonte della posizione di garanzia ogni principio costituzionale, ogni legge extrapenale, finanche la consuetudine e la *negotiorum gestio*¹⁷.

L'adesione all'una o altra teoria ha delle inevitabili ripercussioni sul piano pratico, in quanto solo quella c.d. "contenutista-funzionale" legittima posizione di garanzia originate da figure fondate su meri rapporti fattuali: in particolare nei casi di "assunzione spontanea e unilaterale di compiti di tutela" e di c.d. "contatto sociale qualificato".

3. *La natura omissiva delle condotte degli imputati e la loro posizione di garanzia.* Sintetizzate le principali teorie in materia di "reati omissivi impropri", occorre a questo punto partire da tre punti pacifici del c.d. "caso Vannini": il coefficiente psicologico colposo di Antonio Ciontoli, dovuto a negligenza, allorché, senza assicurarsi se la pistola fosse o meno carica, la puntava in direzione del giovane e sparava; la successiva condotta assunta dagli imputati volta ad ostacolare o impedire i tempestivi soccorsi, accettando anche che Marco Vannini potesse perdere la vita; la qualificazione da parte della Corte di tale ultimo segmento in termini omissivi¹⁸.

Un evolversi degli accadimenti che, ritiene la Corte di cassazione, non con-

¹⁷ SPINA, *Il "caso Vannini". Brevi note su azioni, omissione e obblighi di garanzia*, cit., 11.

¹⁸ Si legge nella sentenza della Corte di Cassazione, I Sez., n. 9049 del 7 febbraio 2020: «una condotta omissiva fu tenuta da tutti gli imputati nel segmento successivo all'esplosione di un colpo di pistola, ascrivibile soltanto ad Antonio Ciontoli, che, dopo il ferimento colposo, rimase inerte, quindi, disse il falso ostacolando i soccorsi».

sente di arrestare la valutazione di responsabilità solo alla prima fase, ancorché determinante, dovendo valorizzare anche quella successiva, durante la quale si verifica un mutamento dell'elemento soggettivo di Antonio Ciontoli, che influenza anche il coefficiente psicologico degli altri imputati.

Una parte della dottrina, esaminando la vicenda in un recente scritto, ha evidenziato come essa si presenti - per certi versi - specularmente a quella del c.d. "dolo colpito a mezza via" (o "*in itinere*") dall'errore"¹⁹, con la differenza che, nelle argomentazioni della Corte di cassazione l'errore colposo precede la condotta dolosa di natura omissiva²⁰.

Nondimeno, attesa la natura omissiva del secondo segmento di condotta, solo là dove esso sia condizionato da obblighi di protezione innervati da una posizione di garanzia, l'evolversi dell'elemento soggettivo sarà penalmente rilevante, in quanto l'agente sarà tenuto ad agire al fine di impedire l'evento ai sensi dell'art. 40 cpv c.p.

È il noto caso di scuola dell'infermiere che per mero errore somministra al paziente un quantitativo di medicinale superiore alle prescrizioni ed idonee a cagionare il decesso di quest'ultimo; se l'agente si avvedesse dell'errore e decidesse di non intervenire per salvare il malcapitato, suo acerrimo rivale in amore, il mutamento dell'elemento soggettivo da colposo a doloso avrebbe una rilevanza penalistica solo perché in capo a costui sussiste un obbligo giuridico di intervenire per impedire la morte di colui che gli è stato affidato, ragione per cui, mentre all'inizio avrebbe risposto di omicidio colposo, con la morte del paziente, o il pericolo di morte, risponderà di omicidio volontario o di tentato omicidio²¹.

Discende - per logica conseguenza - che l'assenza di una qualche posizione

¹⁹ L'espressione risale a Frosali che coniò in *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, 371 e sviluppò il tema in *Sistema penale italiano*, I, Torino, 1958, 477, analizzando i "cambiamenti nel dolo, durante il processo esecutivo del reato". Con tale espressione si indicano le ipotesi in cui il soggetto, che agisca con finalità omicidaria, sia erroneamente convinto di aver cagionato la morte della vittima e causi l'evento letale attraverso la distinta e successiva condotta colposa (finalizzata, ad es., ad occultare il presunto cadavere); in tale ipotesi, dovendo il coefficiente doloso risultare concomitante alla condotta causalmente efficiente, il predetto esito lesivo non può essere imputato a titolo di dolo, se non sotto il profilo del delitto tentato, mentre l'ulteriore frammento potrà essere attribuito all'agente a titolo di colpa.

²⁰ GARGANI, *Lo strano caso dell'azione colposa seguita da omissione dolosa*. *Uno sguardo critico alla sentenza "Vannini"*, cit., 9.

²¹ Sul punto si veda in dottrina MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 331.

di garanzia in capo al soggetto agente rende neutro il mutamento soggettivo, in quanto il dolo ha per oggetto il fatto nella sua tipicità, che consiste nella rappresentazione e volizione di porre in essere una condotta-causa dell'evento. Come tale il dolo deve necessariamente accompagnare la condotta causale. Il pentimento sopravvenuto, anche se può avere conseguenze giuridiche, non può far venir meno un dolo che è già venuto in essere. E viceversa, l'accettazione delle conseguenze di una precedente condotta involontaria non può far sorgere un dolo che al momento della condotta non esisteva (*dolus subsequens non nocet*).

Di omicidio colposo deve insomma rispondere l'incaricato dei lavori che, aperta la buca nel cortile, vi lascia poi volutamente morire il condomino ivi precipitato; o chi, investito colposamente un passante, lo lascia morire dissanguato per far sparire l'unico testimone (in concorso, però, col reato di omissione di soccorso). E ciò per il fatto che è rilevante il dolo concomitante e non quello susseguente all'azione causale, esistendo, tutt'al più, l'onere di impedire il risultato lesivo della propria azione criminosa

Queste le ragioni per le quali sia i giudici di merito che la Corte di cassazione spendono diverse pagine al fine di ricostruire la c.d. "posizione di garanzia" degli imputati, alla quale ricondurre obblighi di protezione nel secondo segmento di condotta, quello squisitamente omissivo.

Il giudice di primo grado ha assegnato rilevanza causale alle condotte omissive per mezzo del "dovere giuridico di garantire il soccorso a chi ne abbia necessità", per poi operare un brusco *revirement*, che dal reato di omissione di soccorso *ex art. 593 c.p.* sfocia nell'obbligo giuridico di protezione, adducendo che l'intensità della negligenza, imprudenza e lesività dell'obbligo di garanzia nei confronti del ferito fossero andati "ben oltre la mera omissione del soccorso, integrando, piuttosto, il più grave delitto di cui all'art. 589 c.p.", in questo modo lasciando intendere che la distinzione tra due ipotesi di reato fondate su differenti coefficienti psicologici, l'una sul dolo l'altra sulla colpa, potesse poggiare sulla intensità di quest'ultima²².

Ancorché la Corte d'Assise d'appello abbia tentato di superare le argomentazioni del giudice di merito di primo grado, riqualificando la condotta in omi-

²² Sul punto, PIERGALLINI, *Il "Caso Cintoli/Vannini": un enigma ermeneutico "multichioce"*, cit., 11.

icidio doloso, la cura è stata peggiore del male, avendo fondato l'obbligo giuridico di impedire l'evento su di un generalissimo ed indeterminato principio del "*neminem laedere*".

Le *a*-sistemiche argomentazioni addotte dai giudici di merito nascondevano, in realtà, una chiara difficoltà ad inquadrare la "posizione di garanzia" in una vicenda che si fondava su di una situazione molto frequente nel vivere civile: l'ospitalità del Vannini presso l'abitazione del Ciontoli e l'assenza di uno specifico ruolo professionale che potesse in modo lineare consentire di delimitare gli obblighi giuridici di protezione in capo agli imputati.

Quello dell'"ospitalità" - come vedremo - è il tema su cui poggia l'intero impianto argomentativo nella seconda pronuncia della Corte di cassazione.

Invero, nella prima sentenza con la quale la I Sez., del 7 febbraio 2020, n. 9049, si è occupata della vicenda, suggellando la natura omissiva della condotta assunta dagli imputati successivamente all'esplosione del colpo di pistola, ha dovuto gioco forza smentire le argomentazioni della sentenza di merito di secondo grado, tratteggiando diversamente i caratteri della posizione di garanzia degli imputati e gli obblighi giuridici da essa nascenti. Si legge, infatti, che "... Marco Vannini, rimasto ferito in conseguenza di quello che si è ritenuto un anomalo incidente, restò affidato alle cure di Antonio Ciontoli e dei di lui familiari. Antonio Ciontoli notò la perdita di sangue dalla ferita, provvide a sciacquare il braccio ferito... poi, unitamente ai familiari, lo portò nella stanza da letto e lì lo vestirono "con abiti procurati da Martina"... tutti presero parte alla gestione delle conseguenze dell'incidente: si informarono su quanto accaduto, recuperarono la pistola e provvidero a riporla in un luogo sicuro, rinvennero il bossolo, eliminarono le macchie di sangue con strofinacci e successivamente composero una prima volta il numero telefonico di chiamata dei soccorsi". Segue un passaggio cruciale che è sufficiente riportare per accennare in che modo la Corte ha ritenuto di inquadrare la posizione di garanzia, la cui analisi sarà operata nel prosieguo del presente lavoro: "già questa sequenza di azioni rende chiaro che Antonio Ciontoli e i suoi familiari assunsero volontariamente rispetto a Marco Vannini, rimasto ferito nella loro abitazione, un dovere di protezione e quindi un obbligo di impedire conseguenze dannose per i suoi beni, anzitutto la vita... il dovere del *neminem laedere* si

concretizzò, in tal modo, in un preciso obbligo di protezione... Di esso gli imputati si fecero carico assumendo interamente, in luogo del titolare del bene esposto a pericolo, la gestione del pericolo che si prospettava”.

La Corte di cassazione non esplica ulteriormente il suo ragionamento, tuttavia, le argomentazioni adottate sono inequivoche e volte a preparare il terreno a ciò che verrà definitivamente ed esplicitamente suggellato nella pronuncia della Suprema Corte del 3 maggio 2021.

4. La sentenza della Corte di cassazione, V sez., del 3 maggio 2021, n. 27905: tra “teoria funzione-contenutistica” e l’assunzione spontanea e unilaterale di compiti di tutela”. Con la seconda sentenza, la Corte di cassazione, V Sez., del 3 maggio 2021, n. 27905, coglie l’occasione per ribadire la natura omissiva della condotta degli imputati nella fase successiva all’esplosione del colpo di pistola da parte di Antonio Ciontoli, i quali violavano un obbligo di intervento qualitativamente diverso dal mero obbligo di soccorso ed espressione di una posizione di garanzia, la cui fonte è chiarita nei passaggi successivi.

Al fine di tracciare i confini della fonte dell’obbligo giuridico di protezione, dopo aver sinteticamente richiamato i caratteri della c.d. “teoria formale” e della c.d. “teoria contenutistica-funzionale”, la Corte sposa quest’ultima, per poi descrivere le circostanze fattuali dalle quali sarebbe originata la posizione di garanzia.

Muovendosi sul solco già tracciato dalla antecedente pronuncia di annullamento, la Corte chiarisce che vi era stato un lungo lasso temporale durante il quale gli imputati si presero cura della persona offesa, che si trovava nella loro abitazione in forza della relazione affettiva che lo legava a Martina Cintolo e ai suoi familiari, con rapporti di spiccata confidenza, di tipo sostanzialmente familiare, “pertanto, è del tutto logico concludere che Marco Vannini, rimasto ferito in conseguenza di quello che si è ritenuto in anomalo incidente, restò affidato alle cure di Antonio Ciontoli e dei suoi familiari”.

I Giudici costruiscono la posizione di garanzia richiamando le cure che gli imputati prestarono alla persona offesa subito dopo i fatti, nonché le ragioni per le quali il Vannini si trovasse all’interno della loro abitazione, essenzialmente affettive, aggiungendo che il predetto dovere di protezione fosse stato

assunto volontariamente.

Quest'ultima precisazione si imponeva in quanto, ripercorrendo la giurisprudenza di legittimità inerente gli obblighi di protezione nascenti da un'assunzione di fatto della presa in carico di un bene, erano stati già in passato tracciati dai fautori della c.d. "teoria contenutistica-funzionale" dei requisiti stringenti al fine di circoscrivere una figura che presentava non trascurabili profili di indeterminatezza: la particolare vulnerabilità del bene a causa della incapacità del titolare di proteggerlo; l'affidamento a un terzo della tutela del bene anteriormente alla verifica della situazione di pericolo; la possibilità del garante di intervenire sullo svolgimento dei decorsi causali, in modo da impedire la verifica dell'evento e, infine, un'iniziativa spontanea e volontaria nell'assunzione dei compiti di tutela²³.

Nondimeno, al fine di ritenere assolte le predette condizioni e di applicarle a situazioni fattuali inconciliabili, la Corte di cassazione le dilata pericolosamente, realizzando una torsione esegetica.

In ordine all'ultimo dei requisiti richiamati, giova ricordare che la volontarietà e spontaneità rientrano nell'alveo del coefficiente psicologico dell'agire dei singoli, contribuendo a ricostruirne i connotati e a correttamente qualificarlo.

È noto che nel caso in esame la Corte di cassazione sia pervenuta alla conclusione che gli imputati avessero agito accettando l'evento morte, al quale hanno aderito, pur non essendo il fine principale del loro agire (c.d. "dolo eventuale"); secondo gli Ermellini quest'ultimo era da identificare nella necessità di evitare che si venisse a conoscenza di come Marco Vannini fosse stato ferito, quindi dell'incauto colpo di pistola sparato da Antonio Ciontoli; scopo perseguito a costo di cagionare la morte del giovane, che, se sopravvissuto, avrebbe sicuramente fornito agli inquirenti un contributo determinante per consentire loro di ricostruire gli accadimenti.

Nonostante ciò, la Corte, contraddicendosi, ritiene che, allorché gli imputati asciugarono dal sangue e ispezionarono la ferita del Vannini, lo stesero sul letto, provvidero a tamponare il sangue con asciugamani e chiamarono i soc-

²³ Cass., sez. V, 29 settembre 2020, Zanono, in *Mass. UII*, n. 280080; Id., Sez. IV, 5 giugno 2019, Piccioni, *ivi*, n. 277629; Id., Sez. IV, 18 aprile 2019, Cairo, *ivi*, n. 277193; Id., Sez. IV, 09 ottobre 2018, Ferrari, *ivi*, n. 274774; Id., Sez. IV, 11 ottobre 2016, Petrillo, *ivi*, n. 268216.

corsi, manifestarono l'intento di prendersi cura del giovane, ponendo in essere una serie di condotte sufficienti a far nascere in capo a loro una posizione di garanzia e, quindi, ad escludere una loro responsabilità per mera omissione di soccorso.

Sembra volersi a tutti i costi evocare, quale fonte di garanzia, "l'assunzione spontanea e unilaterale di compiti di tutela"²⁴, che, sviluppata in seno alla teoria contenutistico-formale, prescinde da un preesistente obbligo *ex lege* o *ex contracto*²⁵: si allude, cioè, alle ipotesi esaminate dalla dottrina²⁶ in cui un soggetto viene a svolgere spontaneamente compiti di protezione di certi beni, stante l'incapacità dei relativi titolari di provvedere a sé medesimi²⁷.

Una parte della dottrina, nello sforzo di rinvenire un criterio giuridico-formale di rilevanza delle posizioni di garanzia assunte di fatto, tende ad inquadrare tale fonte di obblighi giuridici nell'istituto della *negotiorum gestio* disciplinato dagli artt. 2028 c.c.²⁸.

Altri autori²⁹ sostengono, invece, che ai fini della rilevanza penalistica delle posizioni di garanzia spontaneamente assunte, quel che veramente conta è che l'intervento del garante determini o accentui una esposizione a pericolo del bene da proteggere: ad esempio, perché tale intervento o induce ad affrontare un pericolo che non si sarebbero corso ovvero impedisce l'attivarsi di istanze alternative.

Eppure, asserire che "l'assunzione unilaterale dei compiti di tutela" possa dar luogo ad una posizione di garanzia, dilata innanzitutto le istanze di punibilità a discapito di quelle di determinatezza e legalità³⁰.

L'obbligo derivante dalla *negotiorum gestio*, infatti, è un mero obbligo di atti-

²⁴ PIERGALLINI, *Il "caso Cintoli/Vannini": un enigma ermeneutico "multichoice"*, cit., 16;

²⁵ Nel senso che al di fuori di un obbligo giuridicamente vincolante non sia mai configurabile una responsabilità penale per omissione, v. DE FRANCESCO, *Diritto penale, Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 224 ss.

²⁶ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 605; MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 331;

²⁷ Sulla distinzione tra "assunzione volontaria di obblighi di tutela" e "posizione di garanzia discendente da rapporti para-familiari" si veda SPINA, *Il "caso Vannini". Brevi note su azioni, omissione e obblighi di garanzia*, cit., 17.

²⁸ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 274.

²⁹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 605.

³⁰ SPINA, *Il "caso Vannini". Brevi note su azioni, omissione e obblighi di garanzia*, cit., 20.

varsi ai soli effetti civili, in quanto esso manca anche dei requisiti della preesistenza del rapporto giuridico tra soggetto e bene e dei poteri – doveri impeditivi rispetto alla situazione di pericolo, nonché dei poteri di vigilanza e di prevenzione di essa, limitandosi i poteri del gestore solo a quelli di intervento eliminativi del pericolo.

L'applicazione dell'art. 2028 c.c., nel quale trova la sua fonte normativa, è preclusa anche per l'incompatibilità del requisito della spontaneità (“senza esservi costretto”, recita l'articolo) dell'intervento gestorio con l'obbligatorietà del soccorso e, quindi, per la prevalenza del soccorso obbligatorio rispetto al soccorso inizialmente facoltativo³¹; infatti, se – come sostiene la Corte – l'art. 593 c.p. deve essere estromesso non già per l'assenza delle condizioni di tipicità, ma per la presenza di una posizione di garanzia, ciò significa che la gestione del ferito non fu affatto volontaria, perché già gravava sugli imputati un preciso obbligo di soccorso³².

Non possono essere trascurati nemmeno gli esiti paradossali ai quali la predetta figura condurrebbe, imponendo una punibilità *ex art. 593 c.p.* in caso di omissione totale di soccorso ed *ex artt. 40 cpv c.p. e 575 c.p.* in caso di assunzione dell'obbligo di soccorso, poi interrotto con conseguente morte del pericolante³³.

Come è stato infatti evidenziato, non si comprenderebbero i motivi per i quali, a parità di risultato lesivo, dovrebbe essere preferito il soggetto che ometta i

³¹ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 173.

³² SPINA, *Il “caso Vannini”. Brevi note su azioni, omissione e obblighi di garanzia*, cit., 21.

³³ FRAGASSO, *La Cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio mediante omissione e omissione di soccorso aggravata dall'evento morte in un noto caso di cronaca*, cit. L'autrice perviene alla conclusione che, in assenza di una posizione di garanzia, le condotte degli imputati integrassero le ipotesi di omicidio colposo in concorso con l'omissione di soccorso semplice per Antonio Cintoli e il solo reato di omissione di soccorso aggravato dalla verifica dell'evento per i suoi familiari. A conclusioni simili giunge GARGANI, *Lo Strano caso dell'“azione colposa seguita da omissione dolosa”. Uno sguardo critico alla sentenza “Vannini”*, il quale, però, ritenendo che l'obbligo di soccorso di cui all'art. 593 c.p. sia riferibile unicamente ai soggetti che, non avendo cagionato la situazione di pericolo, non sono già sottoposti al prioritario divieto penale di cagionare lesioni personali o l'omicidio, sostiene che mentre i familiari di Antonio Cintoli avrebbero dovuto rispondere di omissione di soccorso, il primo avrebbe tutt'al più dovuto rispondere di omicidio colposo e di concorso “esterno” in omissione di soccorso, quest'ultimo nella forma dell'istigazione o del rafforzamento dell'intento omissivo o dilatorio dei suoi familiari, posto in essere mediante le azioni volte ad indurli a ritardare i soccorsi o a minimizzare durante le comunicazioni con i sanitari la situazione; PIERGALLINI, *Il “caso Cintoli/Vannini”: un enigma ermeneutico “multichoice”*, cit., 19.

soccorsi dandosi alla fuga rispetto a colui che, invece, si prenda inizialmente cura del ferito, per di più manifestando una minore insensibilità nei confronti del bene giuridico protetto³⁴.

Queste le ragioni che avevano spinto i fautori della teoria contenutistico-funzionale a circoscrivere le potenzialità espansive della stessa mediante il requisito del c.d. “aumento del rischio del bene”, ritenendo che l’assunzione dei compiti di tutela, per avere rilevanza penale, dovesse determinare o accentuare l’esposizione a rischio o la rinuncia a mezzi alternativi di protezione. Nondimeno, al fine di valutare un effettivo aumento del rischio o la rinuncia a mezzi alternativi di protezione è necessario che l’agente intervenga facendosi carico di un bene prima del sorgere della situazione di pericolo e al fine di evitare la sua concretizzazione, invece la Corte di cassazione, ritenendo che la posizione di garanzia sia sorta dopo il ferimento del Vannini, quando cioè gli imputati “si prendevano cura” di costui, la riconduce ad un momento in cui rischio per il bene “vita” si era già concretizzato, e quando il Vannini non era nemmeno più in condizioni di rinunciare a mezzi alternativi di protezione.

Come è stato infatti evidenziato³⁵, è proprio il carattere della preesistenza dell’obbligo rispetto alla situazione di pericolo che consente di distinguere il garante dal soccorritore occasionale: l’equivalenza tra il cagionare e il non impedire si giustifica proprio per il fatto che il garante ha poteri impeditivi e, dunque, la possibilità di inibire *ab origine* il sorgere della situazione di pericolo, mentre il soccorritore può soltanto impedire che questa si evolva in senso lesivo.

È per tale ragione che nel prosieguo della sentenza la Corte chiarisce, contraddicendosi con quanto poco prima sostenuto, che in realtà la posizione di garanzia fosse stata assunta dagli imputati prima del colpo di pistola sparato da Antonio Ciontoli, sol perché Marco Vannini si trovava all’interno dell’abitazione Ciontoli in ragione del rapporto affettivo che lo legava ai componenti e, in particolare, a Martina Ciontoli, in questo modo riconducendo la posizione di garanzia a quel rapporto di “ospitalità” al quale si è accennato

³⁴ SPINA, *Il “caso Vannini”. Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, cit., 9;

³⁵ FRAGASSO, *La Cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio mediante omissione e omissione di soccorso aggravata dall’evento morte in un noto caso di cronaca*, cit.; PIERGALLINI, *Il “caso Ciontoli/Vannini”: un enigma ermeneutico “multichoice”*, cit., 18.

all'inizio del presente lavoro.

Insomma, il coefficiente psicologico della volontarietà e spontaneità dell'agire a tutela di un bene viene presunto dall'esercizio di un diritto di proprietà, o da profili emotivi, quale l'affettività, che caratterizzerebbero i motivi del suo esercizio, rendendo impossibile circoscriverne preventivamente i presupposti e conducendo ad una sovrapposizione di parametri squisitamente oggettivi, quale la posizione di garanzia nel reato omissivo improprio, con profili psicologici.

Invero, si legge che la posizione di garanzia in cui si trovava il Ciontoli non sarebbe stata surrogabile con l'intervento di estranei, che non avrebbero potuto accedere all'abitazione senza il consenso della famiglia Ciontoli³⁶.

Si aggiunge che "...Marco Vannini era un ospite abituale all'interno dell'abitazione degli imputati; era un soggetto legato a costoro da rapporti affettivi e di stretta confidenza; egli era dunque titolare di un affidamento socialmente tipico ad essere soccorso in una situazione di pericolo tale da mettere a repentaglio la sua via".

Insomma, secondo la Corte, sarebbe sufficiente la condizione di "ospitalità" nella propria abitazione a far sorgere in capo al Ciontoli un obbligo di protezione del Vannini, perché titolare di uno *ius excludendi alios*.

Così ricostruita la posizione di garanzia degli imputati, la Corte ha gioco facile nell'escludere la figura dell'omissione di soccorso, ove il contatto diretto con una persona in stato di pericolo è occasionale.

Inoltre, al fine di superare le critiche della dottrina, secondo cui gli obblighi dei soggetti ospitanti non sarebbero vincolanti, perché avrebbero la loro fonte nella "mera cortesia"³⁷, la Corte, in modo del tutto inconferente, sostiene che la portata obbligatoria deriverebbe dalla sufficiente individualizzazione dei soggetti destinatari presenti all'interno dell'abitazione.

Invero, non è nel caso in esame in discussione la portata o meno individualizzante dei destinatari degli obblighi, ma se la tipologia di rapporto sia stata o

³⁶ Sul punto, GARGANI, *Lo strano caso dell'azione colposa seguita da omissione dolosa*. *Uno sguardo critico alla sentenza "Vannini"*, cit., 10.

³⁷ PALAVERA, "Ospitalità, diritto e". *Una premessa, cinque smentite, due ipotesi*. *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, II, Milano, 2016, 1047 ss.

meno fonte di obblighi giuridici di protezione³⁸.

Allorché, infatti, la dottrina evidenzia che la fonte dell'ospitalità è la “mera cortesia”, ha semplicemente voluto sottolineare l'impossibilità di intravedere sempre e comunque un coefficiente psicologico in capo al soggetto agente consistente nell'assumersi volontariamente e consapevolmente obblighi di tutela, ben potendo l'ospitante acconsentire all'accesso alla sua abitazione per le ragioni più disparate, che non necessariamente racchiudano in sé una volontà di protezione.

Questa, infatti, come sommariamente esaminato, può nascere da una situazione di fatto quando l'agente volontariamente (elemento psicologico che non può essere presunto) agisce assumendosi obblighi di protezione o quando questi sono racchiusi nella disciplina che regola la sua attività professionale o il suo specifico agire (c.d. “contatto sociale qualificato”), e non anche, come avviene nel caso in esame, da un mero affidamento dell'ospitato.

Tale conclusione non è superata nemmeno dal richiamo operato dalla Corte all'art. 61 n. 11 c.p., che prevede un aumento di pena se il fatto è commesso con abuso della relazione di coabitazione o di ospitalità.

Sul punto è stato chiarito, infatti, che la ragione dell'aggravante – che opera sia quando il reato è commesso dall'ospitante, sia quando è commesso dall'ospitato – consiste nella maggiore intensità criminale dell'agente che tradisce la fiducia in lui riposta dalla vittima e nella agevolazione al delitto che gli offre il rapporto di ospitalità³⁹.

Pertanto, non è possibile asserire – come fa la Corte di cassazione – che dal mero rapporto di ospitalità sorga, per volontaria assunzione di obblighi di protezione, una posizione di garanzia unilaterale dell'ospitante verso l'ospitato, in quanto siamo dinanzi ad un rapporto di fiducia che condiziona l'agire di entrambe le parti e non solo del soggetto ospitante, ancorché la vicenda concreta sia foriera di affidamenti individualizzanti sorti in capo a quest'ultimo⁴⁰.

³⁸ In senso negativo, SPINA, *Il “caso Vannini”. Brevi note su azioni, omissione e obblighi di garanzia*, cit. Secondo l'Autore gli obblighi dell'ospite non sono vincolanti, in quanto trovano fonte nelle norme di mera cortesia.

³⁹ Cass., Sez. III, 2 dicembre 2010, R., in *Mass. Uff.*, n. 249405.

⁴⁰ SPINA, *Il “caso Vannini”. Brevi note su azioni, omissione e obblighi di garanzia*, cit., 19.

Si deve in realtà concordare con quegli Autori¹¹ che hanno intravisto nella presa di posizione della Corte di cassazione un tentativo di imporre letture “eticizzanti” delle norme mediante espressioni quali “buon senso” e “comune esperienza”, sintoniche con una visione “profana” di giustizia e di una costruzione “para-giuridica” della posizione di garanzia.

Sposare la tesi della Suprema Corte apre, inoltre, una pericolosa breccia a future interpretazioni dell’art. 40 cpv c.p., perché consentirebbe di leggere posizioni di garanzia in situazioni che nascono da consuetudini e tradizioni sociali, non necessariamente caratterizzate nei singoli casi concreti da una volontaria e spontanea presa in carico del bene.

Probabilmente consapevole delle obiezioni che sarebbero state mosse alla posizione di garanzia ricostruita servendosi della figura dell’ospitalità, la Corte chiarisce la essa sarebbe originata anche dalla “precedente attività pericolosa” da individuarsi nella condotta del Ciontoli che, nel maneggiare per scherzo l’arma, ferì Marco Vannini.

Occorre però chiarirsi: essendo in ballo il bene supremo della libertà personale, la posizione di garanzia dalla quale nascono obblighi di protezione che dilatano i casi di punibilità deve essere chiara, determinata e circoscritta; essa non può né originarie dalle fonti più disparate, richiamate in modo alternativo o cumulativo per tentare di superare le obiezioni che sarebbero state sicuramente e ragionevolmente mosse (prima la “assunzione volontaria di obblighi di protezione, poi “la precedente attività pericolosa”), né trovare fondamento in una figura estremamente indeterminata come quella da ultimo richiamata dalla Corte.

La fonte della “precedente attività pericolosa” contrasta, infatti, con il principio della riserva di legge, perché non esiste nel nostro ordinamento una legge che preveda siffatta condotta pericolosa come fonte di un obbligo generale di garanzia; essa contrasta anche con la nozione penalistico-costituzionale dell’obbligo di garanzia, in quanto “chiunque”, per il solo fatto di agire pericoloso, assurgerebbe automaticamente a garante degli altrui beni; essa, infine, con riferimento alle situazioni di pericolo già esistenti, afferma la sussistenza

¹¹ GARGANI, *Lo strano caso dell’azione colposa seguita da omissione dolosa*. *Uno sguardo critico alla sentenza “Vannini”*, cit., 10.

di obbligo là dove esiste solo un onere di impedimento dell'evento, sempre che l'autore di tale condotta non voglia rispondere del reato commissivo.

Inoltre, come già evidenziato dalla dottrina⁴², il dovere di garanzia gravante sul custode dell'arma mira a prevenire i pericoli connessi all'uso della stessa e non si estende alle condotte successive; ed infatti, la posizione di controllo in questione contempla "obblighi di sicurezza" e non anche di "salvataggio" del bene a rischio, ragion per cui, una volta verificato l'evento pericoloso, la posizione di controllo non impone adempimenti subordinati.

5. I caratteri del c.d. "contatto sociale qualificato" tracciati dalla giurisprudenza civilistica. Nella giurisprudenza di legittimità la figura dell'"assunzione volontaria di compiti di tutela" è sovente richiamata assieme a quella del c.d. "contatto sociale qualificato", di cui un cenno è possibile scorgerlo anche nella seconda sentenza della Corte di cassazione sul caso Vannini, posto che anch'essa, come la prima, è espressione della teoria contenutistico-funzionale sposata dalla Suprema Corte.

Sul punto, si osserva che "quanto alla fonte dell'obbligo di vigilanza e di controllo, la giurisprudenza ha elaborato varie forme di obbligazione, sia su base consensuale, sia derivanti da una iniziativa unilaterale. Quanto alla prima fonte, essa è data non solo dai contratti tipici ma anche da tutti gli atti negoziali atipici, nei quali l'assunzione del ruolo di garante si fonda su base consensuale. Ne discende la possibilità di individuare la fonte legale dell'obbligo di garanzia in molte situazioni della vita ordinaria. Un consolidato indirizzo giurisprudenziale civilistico ha individuato obbligazioni di natura contrattuale, non fondate sul contratto, bensì sul "contatto sociale" fonte di un'obbligazione di garanzia. Secondo tale indirizzo, le obbligazioni possono sorgere da rapporti contrattuali di fatto, in quei casi in cui taluni soggetti entrano tra loro in contatto. Benché questo "contatto" non riproduca le note ipotesi negoziali, pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, ma si rinviene una responsabilità di tipo contrattuale,

⁴² SPINA, *Il "caso Vannini". Brevi note su azioni, omissione e obblighi di garanzia*, cit., 25.

per non avere il soggetto fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vincolo» (così in motivazione la citata Sez. IV, n. 50606 del 5 aprile 2013, “Manca”).

A riprova di una tendenza a sovrapporre nella pratica le due figure, si può richiamare una nota vicenda esaminata dalla giurisprudenza di legittimità.

A seguito di una cena tenutasi in un rifugio, i commensali fanno ritorno all'albergo su alcuni slittini accompagnati da una guida del posto che li precede su una motoslitta che, con un faro, illumina il sentiero da seguire. Mentre si procede verso valle, uno degli slittini imbocca una pista sbagliata, lungo la quale, a causa della ripidità della neve, perso il controllo del mezzo, si verifica un incidente e la slitta si infrange contro un albero, con la conseguente morte di una delle passeggere. Alla guida, un poliziotto pratico della zona, è contestato il delitto di omicidio colposo per non aver con dovuta attenzione condotto i turisti e non aver, quindi, evitato l'evento luttuoso. La Corte di cassazione⁴³ all'epoca sostenne che l'obbligo giuridico di evitare l'evento può derivare da un contratto a condizione che si realizzi la c.d. “presa in carico” del bene o del soggetto da proteggere. Anche in assenza di un contratto propriamente detto, “un obbligo giuridico di impedire l'evento” può derivare da atti negoziale atipici o da iniziative volontarie assunte in fatto.

In assenza di una chiara qualificazione giuridica della fonte degli obblighi di protezione da parte Corte di cassazione, la responsabilità della guida ben poteva ricondursi tanto alla figura del c.d. “contatto sociale” qualificato quanto a quelle dell’“assunzione volontaria di obblighi di tutela”.

Un'apparente identità, invero, dovuta ad un comune denominatore, *id est* la spontanea e volontaria assunzione da parte dell'agente di obblighi di tutela in assenza di una fonte formale.

Non può a questo punto trascurarsi lo stato della dottrina e della giurisprudenza civilistica sulla figura c.d. “contatto sociale qualificato”, richiamato dalla Cassazione quale ulteriore figura foriera di obblighi di protezione, perché solo una analisi approfondita della casistica esaminata dalla giurisprudenza consente di tratteggiarne i connotati, in modo non solo da distinguerla dall’ “assunzione spontanea e unilaterale di compiti di tutela”, superando l'apparente

⁴³ Cass., Sez. IV, 4 luglio 2007, Conzatti, in *Mass. Uff.*, n. 236852.

sovrapposizione dipendente da un comune coefficiente psicologico, ma anche da escludere la sua natura di fonte di obblighi di protezione penalmente rilevanti.

Come è noto, fonti di doveri giuridici di natura civilistica dal cui inadempimento tradizionalmente consegue una responsabilità giuridica sono il contratto e l'illecito, quest'ultimo operante in assenza del primo quale inosservanza del generico dovere del *neminem laedere*, cioè, di non interferenza nella sfera giuridica di un soggetto col quale non si è legati da alcun vincolo contrattuale⁴⁴.

Tale *summa divisio* entra in crisi allorché la giurisprudenza e la dottrina concordano sulla possibilità di una responsabilità contrattuale che, prescindendo dall'esistenza di un contratto nel senso stretto del termine, si fondi su di una specifica relazione di fatto (c.d. "contatto sociale qualificato") tra le parti, fonte per l'ordinamento di specifici obblighi. In tali casi si ritiene che la responsabilità trovi la sua fonte nella predetta relazione, da cui discendono doveri di protezione di determinati beni giuridici.

Un rapporto socialmente tipico che ingenera nei soggetti coinvolti un obiettivo di affidamento, perché "qualificato" dall'ordinamento giuridico, il quale vi ricollega una serie di doveri specifici di comportamento attivo, e che trova la sua legittimazione normativa quale fonte di obbligazione nella clausola di chiusura dell'art. 1173 c.c.⁴⁵

A fronte di una così generica definizione dell'istituto, non è possibile rinvenire un orientamento rigoroso della giurisprudenza in ordine al criterio e alle condizioni da seguire per ritenere che una relazione socialmente tipica dia luogo ad una responsabilità per inadempimento, tenuto conto, peraltro, della peculiarità dei casi ove tale istituto ha trovato operatività.

⁴⁴ BIANCA, *Diritto Civile. L'obbligazione*, vol. 4, Milano 1999; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca* (Art. 1173-1176), 1988 (cit. Obbligazioni in generale); RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 133 (cit. Obbligazioni); GIORGIANNI, *L'Obbligazione*, Milano, 1951, (rist. 1945); BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. 4, Milano, 1953-1955; SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1953; LUZZATTO, *Le obbligazioni del diritto italiano*, Torino, 1950; LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. 3, Milano, 1948; alle obbligazioni è dedicato il 9° volume del *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Torino, 1984.

⁴⁵ L'art. 1173 c.c. così recita: «Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico».

Una relazione qualificata fonte di obblighi contrattuali è stata intravista per la prima volta dalla Corte di cassazione nel 1999, con la sentenza n. 589, in quella tra paziente e medico, il quale operi alle dipendenze di una struttura sanitaria pubblica o privata: mentre con la casa di cura il paziente stipula un contratto atipico denominato di spedalità o di assistenza, ciò che lo lega al medico è un rapporto, in forza del quale, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure di costui che accetta di prestargliele. La Corte di cassazione muove dal principio di atipicità delle fonti delle obbligazioni di cui all'art. 1173 c.c. per inserire tra le fonti principi di rango costituzionale, che trascendono le singole proposizioni legislative, giungendo alla conclusione che il medico non possa essere considerato, rispetto al paziente affidato alle sue cure, un *quisque de populo*, soggetto soltanto al dovere del *neminem laedere* gravante su ciascun consociato, perché “a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere*, e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento”; la Corte di cassazione ha quindi concluso nel senso che la responsabilità del medico sarebbe di natura contrattuale, nascente “da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto”, poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale”. Al fine di non revocare in dubbio l'assunto consolidato secondo cui l'obbligo di prestazione discende per definizione da un contratto, la Suprema Corte ha affermato, da un lato, che tale contatto sociale non genera doveri di prestazione ma solo doveri di protezione e, dall'altro, che tali doveri di protezione sono tuttavia ontologicamente identici ai doveri di prestazione.

A ben vedere, il rapporto triadico che si instaura tra paziente, medico e struttura sanitaria è, con le dovute differenze, riprodotto anche nella relazione qualificata che si instaura tra l'alunno e l'insegnante, qualora quest'ultimo sia parte dell'organico di un istituto scolastico.

Seguendo il medesimo schema che connota il rapporto tra paziente e medico, infatti, l'allievo stipula un contratto con l'istituto scolastico, il quale viene poi affidato alle cure di un insegnante.

La Corte di cassazione, Sez. un., dell'1 agosto 1995, n. 8390, ha qualificato in termini di responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato" quella dell'insegnante per i danni cagionati dall'allievo a terzi, in quanto con l'accoglimento della domanda di iscrizione dell'allievo, l'amministrazione scolastica assume nei confronti di quest'ultimo una serie di obblighi, comprensivi non solo del programma formativo, ma anche della vigilanza sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo, concretizzato nell'affidamento di costui all'insegnante: obblighi di protezione, insomma.

Antesignana rispetto a molte altre ipotesi di "contatto sociale qualificato" individuate dalla giurisprudenza di legittimità, dalla figura appena esaminata emerge che gli obblighi giuridici in capo al soggetto agente preesistono alla relazione qualificata, nella quale trovano concretizzazione perché consente di circoscrivere lo specifico destinatario degli stessi.

Non sono mancate posizioni dottrinali che, seppur isolate, hanno individuato una forma di responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato" nella responsabilità precontrattuale, ove gli obblighi di "buona fede" che incombono sulle parti *ex art.* 1337 c.c., e che preesistono al venir in essere della relazione qualificata, consentirebbero di giuridicizzare tale contatto sociale, inverdandosi in doveri di lealtà ed in obblighi di informazione.

Ed è proprio nella colposa induzione in errore del contraente posta in essere sia dalla controparte che dal terzo che rientrerebbero i casi di errore derivanti da false informazioni fornite da soggetti professionalmente tenuti (ci si riferisce normalmente ad un istituto di credito) ad un dovere di lealtà al fine di evitare pregiudizi per i potenziali fruitori, tra i quali, se non sussiste già un rapporto contrattuale, si instaura un contatto qualificato che fonda l'aspettativa alla completezza ed esattezza informativa.

Ulteriore ipotesi risolta dalla Cass., Sez. un., n. 14712 del 2007 scomodando la figura del "contatto sociale qualificato" ha riguardato la responsabilità contrattuale della banca che paga un assegno di traenza non trasferibile a persona diversa dal beneficiario indicato nel titolo.

Anche in questo caso la posizione assunta dalla giurisprudenza della Corte di cassazione non è stata frutto di arbitrio, ma si è fondata sull'art. 43 co. 2 r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, il quale dispone che "colui che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore o dal banchiere giratario per l'incasso risponde del pagamento".

Ebbene, si è ritenuto che la responsabilità derivante dalla violazione della suddetta norma grava sia sulla banca trattaria che sulla banca girataria per l'incasso, in quanto a quest'ultima è demandato l'obbligo di controllare l'autenticità della firma di chi gira l'assegno per l'incasso, e che tale responsabilità operi nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse tali regole sono dettate e che confidano nella corretta circolazione dei titoli di credito e nella specifica professionalità della banca.

Anche nel caso in esame siamo dinanzi ad un obbligo di protezione preventivamente e volontariamente assunto dalla banca, che si giustifica per le particolari competenze e per gli strumenti di cui può disporre nello svolgimento dei propri servizi.

Infine, anche la responsabilità della P.A. per i danni cagionati dall'attività provvedimentale illegittima riprende lo schema del c.d. "contatto sociale qualificato".

Come evidenziato infatti dalla giurisprudenza amministrativa prima (Cons. St., 14 giugno 2001, n. 3169, Cons. St., 20 gennaio 2003, n. 340) e dalla Corte di cassazione poi (n. 157/2003), il contatto del cittadino con l'amministrazione è caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che, in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato, ove il cittadino è beneficiario di obblighi di imparzialità, correttezza e buona amministrazione alle quali l'esercizio della P.A. deve ispirarsi, preventivamente positivizzati nella L. n. 241/90, la quale prevede precisi obblighi partecipativi, espressione di efficienza e di buona amministrazione.

Dalla sintetica analisi operata delle principali ipotesi ove la giurisprudenza ha ritenuto integrata una relazione qualificata, con conseguente responsabilità di natura contrattuale del soggetto agente, emergono dei punti fermi che ne consentono una distinzione dai casi di "assunzione spontanea e unilaterale di

compiti di tutela”: gli obblighi di protezione non nascono dal contatto col soggetto beneficiario, ma preesistono ad esso, perché ricondotti a determinate figura professionali o sociali, ragion per cui il rapporto che si instaura con il destinatario degli obblighi di protezione è il mero accidente fattuale che ne consente la concretizzazione e la specifica attuazione; l’operatività della figura del “contatto sociale qualificato” non è soggetta ad arbitrio della giurisprudenza, come non è rimessa alla sensibilità/intuito dei singoli giudici, ma trova pur sempre un fondamento normativo: ora nell’ordinamento giuridico che disciplina determinate professioni, come quella del medico e dell’insegnante, ora negli obblighi di buona fede derivanti dall’art. 1337 c.c., come nel caso della responsabilità precontrattuale, ora nell’art. 43 co. 2 r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, come il caso della responsabilità della banca che paga un assegno di traenza non trasferibile a persona diversa dal beneficiario indicato nel titolo, ora nella L. n. 241/90, come, infine, il caso della responsabilità della P.A. verso il cittadino.

Tale conclusione è confermata anche dalla veloce lettura che può essere operata delle altre ipotesi che la giurisprudenza di legittimità ha in qualche modo ricondotto alla figura in esame.

Così è per la responsabilità degli intermediari finanziari nei rapporti instaurati di volta in volta con i singoli risparmiatori⁴⁶, nonché del proprietario di un immobile in caso di doppia alienazione dello stesso⁴⁷, facendo in entrambi i casi capolino gli obblighi nascenti dal principio di buona fede.

Volendo trarre le fila del discorso, un’analisi accurata dell’evoluzione della figura del contatto sociale qualificato nella giurisprudenza civilistica ci induce a ritenere che essa, piuttosto che espressione della teoria contenutistico - funzionale, sia figlia di quella teoria c.d. “mista” il cui auspicato sviluppo è già stato accennato al paragrafo 2 del presente lavoro, con conseguente improprio accenno da parte della Corte al fine di perorare le proprie diverse conclusioni.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, Montella, in *Mass. Uff.*, n. 264498.

⁴⁷ Cass. civ., Sez. II 07 ottobre 2016, n. 20251.

6. *La figura del c.d. "contatto sociale qualificato" nel caso Vannini.* Come accennato, nel ripercorrere le diverse teorie che hanno alimentato il dibattito intorno alle fonti delle posizioni di garanzia, la Corte di cassazione, al fine di argomentare la fondatezza della teoria contenutistico - funzionale, ha da ultimo richiamato anche la giurisprudenza sviluppatasi intorno alla figura del c.d. "contatto sociale qualificato" quale fonte di posizione di garanzia nel reato omissivo improprio, pur essendo i fatti esaminati privi dei connotati tratteggiati dalla giurisprudenza che negli anni si è occupata di essa.

Non siamo innanzitutto dinanzi ad una norma giuridica dalla quale poter trarre degli obblighi di comportamento, in quanto la Cassazione ne giustifica la sussistenza evocando un troppo generico diritto di proprietà, da cui discende uno *ius excludendi alios* e un altrettanto generico obbligo di protezione, con la pericolosa conseguenza che quest'ultimo riguarderebbe tutti coloro che, per volontà del titolare del predetto diritto, e a prescindere dalle reali intenzioni che lo accompagnano, vengano da costui volontariamente ospitati.

Nemmeno il connotato dell'affettività, adoperato dalla Corte per delimitare la nozione di ospitalità, consente di rendere palpabile una figura dai confini incerti, in quanto si evoca uno stato dell'animo presumendolo da una relazione sociale, il fatto che il Vannini fosse il fidanzato di Martina Ciontoli, ritenendo che non solo costei, ma tutti i suoi familiari, avessero ospitato la vittima per affetto.

Inoltre, in capo agli imputati alcuna figura professionale o sociale è possibile intravedere per giustificare i predetti obblighi di protezione, trovandoci, piuttosto, dinanzi a usi e ad abitudini sociali abbastanza comuni nel vivere quotidiano.

7. *Conclusioni.* Le incongrue argomentazioni fornite dalla Corte di cassazione risentono probabilmente della difficoltà ad allontanare dalla vicenda esaminata l'ombra del reato di omissione di soccorso, attesa la più blanda pena editta da esso prevista.

A bene vedere è questa l'ipotesi di reato che una lettura superficiale degli accadimenti lascerebbe intravedere, pur consapevoli che essa non sarebbe risponderrebbe alla richiesta di giustizia invocata dall'opinione pubblica e, in

particolare, dalla famiglia del giovane Vannini.

Per tale ragione, la Corte scomoda una figura dai contorni incerti, labili e di difficile gestione, accettando il rischio di inserire nel dibattito giuridico un precedente pericoloso per la certezza del diritto penale.

Probabilmente consapevole della debolezza del proprio assunto, la Suprema Corte la puntella invocando quale fonte della posizione di protezione anche la “precedente attività pericolosa”, trascurando le critiche ad essa mosse dalla dottrina⁴⁸, nonché il pericoloso strumento che i suoi sostenitori ne hanno fatto per legittimare la conversione del *dolus subsequens* all’azione pericolosa colposa nell’imputazione dolosa dell’evento volutamente non impedito.

Tuttavia, non si può non tacciare di superficialità anche la soluzione proposta dalla Corte, in quanto una più attenta analisi degli accadimenti avrebbe consentito di pervenire al medesimo risultato ma con minori costi per le garanzie costituzionali.

Invero, la chiave di volta che avrebbe consentito di risolvere la vicenda con un’accettabile soluzione giuridica era già accennata nella sentenza rescindente della Corte di cassazione, ove a pagina 18 si legge che “...le omissioni si combinarono con porzioni di condotte attive, tra le quali assunsero particolare importanza il rendere false informazioni agli operatori sanitari su quanto realmente accaduto, dopo aver provveduto a sciacquare la ferita e vestire Marco Vannini in modo da far cessare la perdita di sangue e occultare la ferita...”, aggiungendo, tuttavia, che “le false informazioni furono un modo per restare inerti e per non dare corso ad una tempestiva richiesta di soccorsi che, invece, avrebbero potuto efficacemente intervenire a tutela e protezione del bene della vita di Marco Vannini”.

In buona sostanza, la Corte, pur evidenziando segmenti di condotte attive poste in essere dagli imputati, conclude per la natura omissiva della condotta causale alla luce dell’intenzione di costoro di ritardare o omettere i soccorsi.

Al netto dell’incomprensibile e irragionevole analisi della natura di un elemento tipicamente oggettivo del reato mediante il coefficiente psicologico, un’analisi attenta dei fatti avrebbe imposto una qualificazione delle condotte in termini di causalità attiva, ancorché impeditiva dell’autotutela da parte del

⁴⁸ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 168.

titolare del bene o di terzi.

In estrema sintesi, alle ore 23.41 Federico Cintoli effettuò una prima telefonata al 118, sostenendo che un ragazzo, a causa di uno scherzo, si era sentito male. Tuttavia, la moglie di Antonio Cintoli, su sollecitazione probabilmente di suo marito, disse ai sanitari che non c'era alcuna necessità di soccorso. Una seconda chiamata avvenne alle ore 00.06 da parte di Antonio Cintoli, il quale richiedeva i soccorsi, riferendo di un ragazzo che, caduto nella doccia, si era ferito con un pettinino a punta. Giunti sul posto alle ore 00,23 gli operatori sanitari, Antonio Cintoli, mentendo nuovamente sulla causa del malessere di Marco Vannini, ribadiva che il ragazzo era svenuto, preso da un attacco di panico, e che si era ferito con un pettine appuntito.

Marco Vannini, alle ore 00,45, veniva trasportato in ambulanza al pronto soccorso, ove, accertata la natura della lesione e la gravità delle sue condizioni, veniva disposto il trasferimento in eliambulanza al Policlinico Gemelli di Roma. Nonostante l'intervento dell'elisoccorso, Marco Vannini decedeva per anemia emorragica alle ore 03.10.

La morte del Vannini fu conseguenza sì del ritardo dei soccorsi, ma, come già evidenziato da parte della dottrina su questa rivista⁴⁹, essa fu pur sempre de-

⁴⁹ Sul punto, SPINA, *Il "caso Vannini". Brevi note su azioni, omissione e obblighi di garanzia*, cit., 11. L'Autore evidenzia che «nella nostra esperienza giuridica il c.d. «impedimento dell'altrui opera soccorritrice» pare possa leggersi nei termini di contributo attivo nel reato omissivo, piuttosto che come problematico criterio d'imputazione della fattispecie monosoggettiva di parte speciale. Non per niente la condotta interruttiva, paralizzando l'opera di soccorso altrui, agevola in misura determinante il reato omissivo dello stesso soccorritore, che è obbligato, se garante, dall'art. 40 cpv., o senno dall'art. 593 c.p. Tornando per un attimo al caso in commento, utile banco di prova di quanto appena osservato, ci si avvede che l'operatore sanitario tratto in inganno in ordine all'eziogenesi del malessere del ferito potrebbe aver compiuto, sul piano obiettivo, un fatto di reato. Risulta infatti che, invece di essere trasportato d'urgenza in ospedale per il necessario intervento chirurgico, il paziente è stato condotto presso un ambulatorio di pronto intervento, struttura del tutto inadeguata a trattare feriti di quel genere. La ragione dell'ovvia non punibilità del sanitario sta nel fatto che il suo errore è incolpevole, in quanto determinato dall'altrui condotta decettiva. Lo schema coincide con quello descritto dall'art. 48 c.p., il quale, per concorde opinione, esemplifica un'ipotesi già raccolta dall'art. 110 c.p., ed applicabile anche ai reati omissivi impropri. Può obiettarsi che in tal modo si recupera un incongruo concetto naturalistico di «azione» contro le premesse definitorie sopra richiamate, mutando il criterio per distinguere l'azione dall'omissione a seconda della fattispecie coinvolta. Tuttavia, l'«inganno» di cui parla l'art. 48 c.p. ha carattere attivo non perché tale ontologicamente, ma perché innova il quadro di rischio preesistente, rischio che, immerso nel tipo concorsuale, abbandona quale proprio referente valutativo l'«evento» della fattispecie monosoggettiva, sostituendolo con il «fatto» obiettivo nel suo complesso. E così il contributo del *deceptor* è attivo nella misura in cui è idoneo a mutare il c.d. rischio-reato e, cioè, se «agevola» l'omissione del garante. Se ne ricava che nella cornice della fattispecie concorsuale la natura com-

terminata, piuttosto che da una mera omissione, da un insieme di condotte attive al fine di edulcorare la vicenda e farla sembrare meno grave di quanto sembrasse, protratte anche dopo il primo ricovero in ospedale, allorché il Cintoli tentava di indurre il medico di turno a nascondere le condizioni di salute del Vannini.

In altre parole, il ritardo dei soccorsi non è la condotta posta in essere dagli imputati, ma una conseguenza di essa, concausa della morte del Vannini, mentre la causa dell'evento infausto attribuibile in termini di condotta a costoro sono state le false informazioni rese agli operatori del "118" per ostacolare un loro tempestivo intervento.

Solo partendo da tale assunto, la Corte avrebbe reso maggiormente lineari le proprie argomentazioni giuridiche, ma soprattutto avrebbe evitato di aprire una pericolosissima breccia nel pilastro della determinatezza e della riserva di legge, importando figure civilistiche al solo fine di estendere in modo inappropriato la punibilità.

RAFFAELE COPPOLA

missiva del comportamento sta e cade insieme alla sua tipicità. Non sembra dunque peregrino qualificare le false informazioni fornite al soccorritore istituzionale come un contributo «attivo» nel reato «omissivo», in quanto idonee a dirigere la potenziale azione salvifica verso esiti infruttuosi e purché, naturalmente, si compri che in assenza dei mendaci l'evento non si sarebbe verificato».