



1/2017

L'AGENTE DI PUBBLICA SICUREZZA PUÒ ABBANDONARE UN INCAPACE?

Riflessioni su [Cass., sez. V, 10 maggio 2016, n. 19448, Pres. Lapalorcia, Rel. Amatore](#)

di Riccardo Sabato

Abstract. *Prendendo spunto da un'innovativa sentenza in tema di reato di abbandono di incapace realizzato da agenti di pubblica sicurezza, il contributo analizza le principali questioni relative al sistema delle posizioni di garanzia nel diritto penale italiano – sistema che non sempre risulta chiaro e ben delineato – e alle ricadute in punto di imprevedibilità dell'incriminazione e di compatibilità con il principio di legalità.*

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. Le questioni di diritto – 3. Alcuni spunti di riflessione.

1. Il fatto.

Due agenti della polizia stradale, su segnalazione del personale addetto alla viabilità, si recavano sulla tangenziale nord di Torino, dove era stato avvistato un pedone. La signora, di origine asiatica, non riusciva a comunicare con gli agenti. Questi la accompagnavano in un'area di servizio, da cui la facevano uscire attraverso un cancello che immetteva su una strada della viabilità locale che conduceva a un quartiere cittadino.

La signora tuttavia non ritornava alla propria abitazione e i familiari, allarmati, la facevano ricercare anche attraverso appelli in programmi televisivi dedicati al ritrovamento di persone scomparse.

Il corpo della donna veniva rinvenuto dopo sette mesi non lontano dalla stazione di servizio autostradale.

La Corte di Assise di Torino condannava i due agenti per il reato di cui all'art 591 c.p., a cui si aggiungeva in grado di appello l'aggravante della morte, di cui al terzo comma dell'art. cit., per il ritenuto nesso causale tra abbandono e decesso.

Con i motivi di ricorso in cassazione gli imputati si dolevano, tra l'altro, della violazione ed erronea applicazione degli artt. 591 c.p., 1 Tulp e 24 l. n. 121 del 1981, ritenuti dalle corti di merito come fondanti obblighi di garanzia in capo agli agenti.

2. Le questioni di diritto.

La Corte di cassazione¹ rigetta il ricorso ricordando che l'art 591 c.p. *“tutela il valore etico-sociale della sicurezza della persona fisica”*² e, *“in questa prospettiva, nessun limite si pone nella individuazione delle fonti da cui derivano gli obblighi di custodia e di assistenza che realizzano la protezione di quel bene e che si desumono dalle norme giuridiche di qualsivoglia natura, da convenzioni..., regolamenti od ordini di servizio, rivolti alla tutela della persona umana. Ad ogni situazione che esige detta protezione fa riscontro uno stato di pericolo che esige un pieno attivarsi ... (sez. V, n.290 del 30/1/1993 – dep. 14/01/1994, Balducci, Rv. 196779)”*³.

Nel caso di specie, tuttavia, la Suprema Corte, conscia del fatto che non vi era stata emanazione di ordini o altre regole di servizio, neanche da parte della centrale operativa di polizia, e consapevole altresì della novità di un caso di abbandono di incapace da parte di agenti di pubblica sicurezza⁴, si interroga sul tema della individuazione delle fonti del dovere di cura e custodia delle persone, ripercorrendo le posizioni della dottrina sul punto.

Si tratta, come espressamente chiarito dalla Corte, di una *“posizione di garanzia che si articola a sua volta in un dovere di cura o in un rapporto di custodia... con la precisazione tuttavia che, mentre per la custodia si ha riguardo al dovere anche temporaneo esistente al momento dell'abbandono, per la cura è richiesto un preesistente dovere di assistenza, rilevante anche ove, in concreto, non abbia trovato attuazione”*⁵.

Per un primo orientamento, coincidente con la concezione formale o mista⁶ delle fonti degli obblighi di garanzia, è necessario il sussistere di uno specifico obbligo

¹ La sentenza è massimata in C.E.D. Cass. Pen. 2016/19488, rv. 267126.

² Circa le caratteristiche del reato, tra le voci enciclopediche più note, v. ad es. G.D. PISAPIA, *Abbandono di minori o incapaci*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958; R. PANNAIN, *Abbandono di persone minori o incapaci* in *Nss. Dig. It.*, I, Torino, 1957. Per approfondimenti sul delitto di cui all'art 591 c.p. G. NEPPI MODONA, *Sui presupposti della tutela penale del minore: artt. 591 c.p. e 593 c.p.*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1976; F. BASILE, *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.)*, Milano, 2008.

³ La S.C. segue l'impostazione consolidata fin da Cass. pen., sez. V, 14 gennaio 1994, n. 290, rv. 196779 per cui la *“norma tutela il valore etico-sociale della sicurezza della persona fisica contro determinate situazione di pericolo”* – anche solo potenziale (Cass. pen., sez. V, 12 novembre 1974, n. 8180, rv. 128370) –, pericolo che non è escluso dalla temporaneità della condotta né dalla possibilità di eventuali soccorsi *altrunde* se idonei a una supplenza vicaria delle attività (Cass. pen., sez. V, 22 giugno 1990, n. 1947, rv. 184676).

⁴ La nozione di agente di pubblica sicurezza individua appartenenti a diversi corpi o amministrazioni (es.: carabinieri, agenti di polizia di stato, guardie forestali, cantonieri) e si ricava dagli articoli 17, 18 e 43 del testo unico della legge sugli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza di cui al r.d. 31 agosto 1907, n. 690, testo unico aggiornato dal d.l. 6 maggio 2002, n. 83, convertito in l. 2 luglio 2002, n. 133. Ai fini di cui alle riflessioni da svolgere, può essere rilevante notare che l'attribuzione della qualifica può avvenire anche in via temporanea ai sensi del nuovo art. 5 bis.

⁵ Così in sentenza. Cfr., nello stesso senso, F. BASILE, *op. cit.*, pp. 51 ss: *«se la relazione di cura può scaturire solo da un dovere (giuridico): il soggetto attivo deve avere cura del soggetto passivo; la relazione di custodia può, invece, sorgere anche da una situazione di mero fatto: il soggetto attivo ha la custodia del soggetto passivo»*.

⁶ Seguendo il parallelismo operato anche dalla Suprema Corte, la condotta di abbandono presuppone una situazione simile a quella del reato omissivo improprio, ossia un obbligo di garanzia di impedire l'evento posto in capo a determinati soggetti. La teoria formale, rifacendosi al principio della riserva di legge, afferma che vadano escluse le fonti sublegislative (regolamenti, atti amministrativi, consuetudine) che possono solo specificare obblighi già posti da legge (ad es. antinfortunistica): G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la*

giuridico (non soltanto morale) di cura o custodia, che può essere originario o derivativo e che può trovare la sua fonte tanto nella legge quanto in atti equivalenti: ad es. nella legge extrapenale (così per genitori, tutori e maestri), nel contratto (che fonda pur sempre la sua forza nella legge ai sensi dell'art. 1372 c.c.) tipico (gli affidatari dietro contratto d'opera: bambinaia, guida alpina, infermiere, medico, ecc.) o atipico (così nel caso dei vicini di casa che, in assenza dei genitori, si prendono cura del bambino), cui attenta dottrina aggiunge i negozi bilaterali.

Per una seconda impostazione, vicina invece alla concezione sostanzialistico-funzionale o a quelle mista delle fonti⁷, non è necessario che la relazione di cura e di custodia sorga -sempre- da un obbligo giuridico di carattere formale, *“poiché si parla in tal caso di «obblighi di fatto» o di «stato di fatto creato da soggetto attivo» o di una «negotiorum gestio»*⁸.

La Corte sembra condividere questo secondo orientamento, quantomeno con riguardo agli obblighi di assistenza, distinguendo così la cura dalla custodia: *“In base al tenore letterale dell'articolo 591, comma 1 c.p., se la relazione di cura può scaturire solo da un dovere giuridico (detto altrimenti, il soggetto attivo «deve» avere cura del soggetto passivo), la relazione di custodia può invece sorgere anche da una situazione di fatto (qui il soggetto attivo «ha» la custodia del soggetto passivo). Mentre la relazione di cura è una relazione necessariamente giuridica che deve scaturire da una valida fonte giuridica formale (legge o contratto) precedente all'espletamento della prestazione di assistenza, quella di custodia è una relazione anche di fatto purché sia attuale ed effettivamente sussistente al momento dell'abbandono, senza che rilevi la fonte dalla quale essa è sorta.*

Del resto, anche semanticamente occorre puntualizzare che con il termine «custodia» - riferibile prevalentemente a soggetti minori di età ovvero agli anziani non autosufficienti- si deve intendere una sorveglianza diretta ed immediata, mentre la nozione di cura si riferisce invece a soggetti adulti di regola capaci di provvedere al loro stessi ma che versano in concreto, per ragioni contingenti, in situazione di debolezza o di pericolo (ad esempio un alpinista inesperto affidato la cura di una guida alpina) e che pertanto necessitano di prestazione e di cautele protettive.

Peraltro, accedendo ad un'esegesi sistematica delle norme in esame, può anche ritenersi che il soggetto attivo del delitto di abbandono ex art. 591 c.p. possa essere accostato al soggetto

struttura obiettiva della fattispecie, Milano, 1983, p. 251; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011, p. 165; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, p. 266. In senso parzialmente difforme, L. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2002, p. 178. Per le “alterne fortune” della legge penale come fonte di obblighi di garanzia e per la questione dell'obbligo derivante da “precedente azione pericolosa” (c.d. teoria dell'ingerenza), cfr., critico sul punto, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 165. Attualmente prevalente in dottrina, come chiarito dallo stesso A., è la concezione mista, formale-sostanziale, che opera una sintesi tra le concezioni, correggendo la teoria formale mediante la selezione tra gli obblighi giuridici di quelli realmente corrispondenti ad una funzione di garanzia (F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 160).

⁷ Con l'eccezione, di cui si dirà, della *negotiorum gestio* la tesi pare infatti ricalcare la concezione attualmente dominante nella dottrina tedesca secondo cui l'obbligo di impedimento deriva dalla “posizione fattuale di garanzia” del bene, assunta in concreto da specifici soggetti (ad es. per convivenza continuativa) nei confronti di beni giuridici bisognosi di una tutela rafforzata per incapacità di adeguata protezione da parte del titolare secondo un'ottica di rispetto delle esigenze solidaristiche (cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 160).

⁸ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, Milano, 2003, p. 123

attivo dei reati omissivi impropri di cui al secondo comma dell'art. 40, con la possibilità di richiamare anche qui quella interpretazione giurisprudenziale sulla nozione di posizione di garanzia formatasi negli ultimi anni e che individua tra le fonti della detta posizione anche il c.d. contatto sociale⁹ (Cass., sez IV, 22 maggio 2007, n. 25527, Conzatti, sez. V, 5 aprile 2013, n. 50606, Manca)”.

Per la Corte, dunque, in via generale “l’obbligo di garanzia e di protezione... non deve farsi discendere dal *Tulps* o dalla l. 121 del 1981 quanto piuttosto dalla circostanza fattuale del contatto tra il soggetto passivo ed attivo della obbligo di custodia ...; la predetta posizione di garanzia si atteggia in modo peculiare anche in ragione del ruolo ricoperto dai ricorrenti che, quali agenti di polizia, rivestivano una posizione di maggior protezione e garanzia rispetto alla posizione gravante sul comune cittadino, e ciò non tanto in ragione delle norme sopra richiamate -che costruiscono invero regole generali delineanti i compiti istituzionali ricoperti dagli appartenenti alla Polizia di Stato – quanto piuttosto in ragione del ruolo protettivo che essi rivestono allorquando si imbattono i soggetti all’evidenza incapaci di badare a loro stessi ed in stato di oggettivo pericolo”.

In base a tali argomentazioni – tra le altre – la Suprema Corte perviene dunque alla conferma della sentenza di condanna.

3. Alcuni spunti di riflessione.

Tralasciando la considerazione dell’elemento soggettivo, che pure richiederebbe un’attenta analisi in quanto la Corte non sembra, con la sentenza in commento, allineare il proprio *decisum* ai recenti approdi in punto di distinzione tra dolo e colpa¹⁰, la sentenza

⁹ Il termine fa capolino raramente nella giurisprudenza di legittimità penale. Tra i casi più recenti, peraltro con riferimento a ipotesi di omicidio colposo, Cass. pen., sez. V, 5 maggio 2016, n. 8895, non massimata, in tema di obblighi della struttura medica e Cass. pen., sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2536, rv. 265795 sulla posizione del dirigente scolastico del Convitto nazionale durante il sisma dell’Aquila. Sul contatto sociale cfr., *ex multis*, C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997; F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella “terra di nessuno” tra contratto e fatto illecito*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 546; V. ROPPO, *Il contatto sociale ed i rapporti contrattuali di fatto*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Milano, 1993.

¹⁰ Si fa riferimento alla teoria del bilanciamento degli opposti interessi, fatta propria dalla Corte di cassazione nella nota sentenza sul caso *Thyssenkrupp* (Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, rv. 261104), la quale distingue dolo e colpa dando particolare rilievo alle cc.dd. formule di Frank. Esse, se correttamente interpretate nel caso in commento, avrebbero dovuto probabilmente condurre a un addebito a titolo colposo, e quindi all’assoluzione, essendo l’abbandono un reato solo doloso. Per l’accostamento tra teoria del bilanciamento e formule di Frank, A. AIMI, [Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp](#), in *questa Rivista*, 6 novembre 2014. Su tale sentenza, in generale, G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il mistero del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, 1938 ss.; R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 11, pp. 2566 ss.; M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, *ivi*, 1953 ss.; A. MONTAGNA, *Il disastro della Thyssen: un ordinario caso di omicidio colposo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 11, pp. 1283 ss.

Con riferimento alla necessaria valorizzazione dell’autoresponsabilità del soggetto garantito per l’addebito anche solo a titolo colposo e della previsione, nell’area coperta dalla regola cautelare, del fatto proprio del garantito, cfr. Trib. Avellino, 23 febbraio 2011, G.u.p. Riccardi, le cui massime sono leggibili in [Responsabilità](#)

stessa si segnala per il fatto che con essa la Corte di cassazione estende – in maniera che deve ritenersi eccessiva – il ruolo degli obblighi di garanzia¹¹.

Il primo punto dubbio circa le argomentazioni della Corte concerne la derivazione dell'obbligo di custodia nel caso di abbandono di maggiori di età.

Infatti, mentre per il reato di abbandono di minore, secondo la giurisprudenza, non occorre la preesistenza di un obbligo giuridico di custodia, in quanto il divieto di abbandono *“è imposto direttamente dalla legge a chiunque venga a trovarsi, anche per un rapporto di mero fatto, in una situazione che ponga il minore a sua disposizione”* (Cass. pen., sez. I, 26 marzo 1968, ord. n. 7, rv. 107344), si può quanto meno dubitare che il medesimo generale divieto possa discendere dalla legge, ed in forza di una mera situazione fattuale, anche verso dei maggiorenni.

La S.C. richiama dunque – *ad adiuvandum* rispetto alla propria diversa decisione – la tesi, fatta propria da Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, Conzatti, rv. 236852 secondo cui tra le fonti di obblighi di garanzia ex art. 40, c. 2 c.p. sono da ricomprendere non solo i contratti ma anche gli *“atti negoziali atipici e le iniziative volontarie unilaterali assunte di fatto”*, sia che si acceda alla tesi civilistica del contatto sociale, sia che si valorizzi

[penale del marito per l'omesso impedimento del suicidio della moglie? \(con l'arma detenuta nell'armadio dell'abitazione coniugale\)](#), a cura di G. L. GATTA, in questa Rivista, 2 novembre 2011.

Ad ogni buon conto anche la più largheggiante giurisprudenza di legittimità in tema di abbandono ex art. 591 c.p. richiede l'esatta percezione della situazione di pericolo (cfr. ad es. Cass. pen., sez. V, 13 settembre 1990, n. 12334, rv. 185295; A. SCOLOZZI, *Sull'abbandono di persona minore o incapace*, in *Giust. pen.*, 1986, II, 376).

¹¹ Non si tratta peraltro del solo recente caso. Cfr., ad esempio, anche se con riferimento agli obblighi di cura, Cass. pen., sez. V, 18 ottobre 2016, n. 44089, non massimata, secondo cui *“il primo giudice ha correttamente individuato in capo alla ricorrente un dovere giuridico di cura in riferimento all'anziano padre; dovere configurabile attraverso un'interpretazione sistematica delle norme di livello costituzionale riguardanti il riconoscimento della famiglia come società naturale (art. 29 Cost.), il suo inquadramento tra le formazioni sociali ove si svolge la personalità dei singoli e l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale (artt. 2 e 3 Cost.)*.

Il quadro valoriale delineato dalla Costituzione, teso al riconoscimento del valore fondamentale della famiglia, alla cui unità, stabilità e benessere anche i figli devono contribuire, è completato dalle norme del codice civile che impongono il dovere di rispetto dei figli verso i genitori (in particolare, art. 315bis c.c.), che diventa concretamente stringente in caso di stato di bisogno ed incapacità del singolo a provvedere al proprio mantenimento, operando in tal caso la disciplina di cui all'art. 433 c.c.; infine, a completamento di tale quadro normativo, devono citarsi le norme contenute nel codice civile sull'amministrazione di sostegno, dirette ai figli, per l'attivazione di meccanismi giuridici di protezione dei genitori non autonomi (in particolare artt. 406 e 417 c.c.).

Sulla scorta di tali considerazioni, deve ritenersi non accoglibile il ricorso presentato dall'imputata, configurandosi in capo alla stessa uno specifico dovere di cura del genitore anziano, dovere provvisto di adeguato fondamento costituzionale e codicistico”.

In tale diverso caso il problema, rispetto alla sentenza commentata nel testo, presenta una sorta di inversione logico-giuridica: il dovere di cura, stando all'interpretazione della S.C., deve essere necessariamente preesistente e formalmente giuridicizzato rispetto a quello di custodia. Tuttavia, anche in questo caso, la normativa di riferimento è estremamente generale (valori costituzionali e dovere di rispetto dei figli), senza che lo specifico dovere di cura emerga (si veda anzi, tra le stesse norme citate, l'art. 433 c.c. che, unitamente agli articoli successivi del codice, pur essendo la norma più specifica e penetrante, riguarda una mera prestazione di alimenti, e non di cure; pospone nell'obbligo i figli al coniuge; esclude l'obbligo in assenza di stato di bisogno – art. 438 – e lo concreta anche nella forma economica di un *“assegno”* senza alcun contatto personale – art. 443). Maggiormente valido il riferimento all'*“attivazione dei meccanismi di protezione”* ma, anche qui, v'è il problema – che pervade entrambe le sentenze – della differenza e della difficile compatibilità tra obblighi di protezione e obblighi di attivarsi.

la spontanea assunzione di un onere protettivo, solitamente in forza dell'art. 2028 c.c. (c.d. *negotiorum gestio*), purché si realizzi l'effettiva presa in carico del bene o del soggetto da proteggere.

Il richiamo alla *negotiorum gestio* è, però, anch'esso di fondatezza grandemente dubbia.

Come sostenuto da autorevole dottrina¹², la teoria dell'aggancio alla *negotiorum gestio* costituisce un mero *escamotage*, necessario nell'ambito delle concezioni formale e mista, volto a recuperare alla fonte legislativa di «chiusura» dell'art. 2028 c.c. una serie eterogenea di casi di assunzione fattuale di compiti di tutela idonei a ricomprendere il contratto nullo, l'assunzione unilaterale (si pensi ai casi noti dei vicini di casa che, in assenza dei genitori, si prendono cura del bambino; o dei volontari di pronto soccorso che, avvertiti, soccorrono il ferito in stato d'incoscienza) e, per certa dottrina, l'assunzione di obblighi in seguito ad atto illecito unilaterale, solitamente privativo della libertà di movimento (sequestro, riduzione in schiavitù, sottrazione di minore).

Il richiamo normativo, in realtà, è erroneo in quanto dell'istituto della *negotiorum gestio* difettano non solo la spontaneità della gestione («senza esservi costretto») – nel caso di specie, invero, gli agenti dovevano necessariamente e obbligatoriamente spostare la signora dall'autostrada, dove costituiva un pericolo per sé e per l'incolumità pubblica, e quindi ai sensi dello stesso Tulps – ma anche la patrimonialità dell'operazione gerenda, l'assenza di *prohibitio domini* e la sussistenza di una *absentia domini*, come vorrebbe l'art. 2028 c.c., venendo in considerazione un bene evidentemente non patrimoniale e altamente personale come la libertà personale e di movimento.

Inoltre, salvo aderire alla tesi sostanzialistico-funzionalistica, tanto per la concezione formale, quanto per la mista, la gestione d'affari è poco idonea a soddisfare il principio di riserva di legge, al pari, peraltro, e come affermato dalla stessa sentenza, degli artt. 1 Tulps e 24 l. n. 121 del 1981, essendo essi privi di quei requisiti richiesti in forza dei principi generali: specificità dell'obbligo giuridico (principio di tassatività), dei soggetti beneficiari (solidarietà), dei soggetti obbligati (libertà ed autoresponsabilità¹³) e preesistenza del dovere (principio di personalità¹⁴).

Neanche sembra del tutto confacente il richiamo, operato dalla sentenza, al c.d. contatto sociale. Se esso può forse essere utilmente richiamato nei casi finora affrontati dalla giurisprudenza, in cui sono stati ritenuti gravati dell'obbligo di garanzia soggetti,

¹² F. MANTOVANI, *op.cit.*, p. 171.

¹³ Come è stato evidenziato, nell'ambito della tutela contro l'omofobia, che costituisce uno dei banchi di prova più moderni sull'autoresponsabilità, «il connotato tendenzialmente egualitario della dignità umana, infatti, consentirebbe (o consiglierebbe) di apprestare tutele "rafforzate" (o "privilegiate") soltanto nei casi di incapacità: una tutela penale privilegiata in ragione esclusivamente dell'orientamento sessuale rischia in altri termini di rivelarsi discriminatoria nei confronti della dignità umana delle persone (omosessuali e transessuali), proprio in quanto non fondata su una incapacità (intesa anche come limitazione, congenita o acquisita, nell'esercizio dell'autonomia) di carattere personale» (G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale: possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, p. 20).

¹⁴ Così, in particolare, per l'abbandono di incapaci, G.D. PISAPIA, *op. cit.*, p. 30; G. NEPPI MODONA, *op. cit.*, p. 887; R. PANNAIN, *op. cit.*, p. 16.

quali il dirigente scolastico o la struttura ospedaliera¹⁵, che anche dalla giurisprudenza civile¹⁶ sono solitamente fatti rientrare nel novero di coloro che sono legati da contatto sociale qualificato, tutto ciò manca nell'ipotesi di un rapporto tra agenti di pubblica sicurezza e cittadino.

Seguendo l'interessante lettura del fenomeno operata da un Tribunale di merito civile "per responsabilità da contatto sociale la dottrina e la giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, 22-01-1999, n. 589) intendono un rapporto socialmente tipico tra parti che, nonostante l'assenza di un formale contratto, è in grado di ingenerare l'affidamento dei soggetti sull'adempimento di obblighi diretti e specifici di lealtà, collaborazione e di salvaguardia dell'altrui sfera giuridica. Presupposti per la configurabilità del contatto sociale sono: una relazione tra sfere giuridiche, tale da far considerare la responsabilità aquiliana come insoddisfacente, poiché essa viene vista come «responsabilità del quisque de populo»; uno status professionale in capo al danneggiante, tale che possa configurarsi una culpa in faciendo prevista nell'ordinamento giuridico; l'affidamento in capo al danneggiato"¹⁷.

Alla luce di tale ricostruzione è ben difficile ritenere la sussistenza dei requisiti richiesti: come osservato, da un lato l'obbligo giuridico immaginato è troppo generico (utilizzando le parole della sentenza, si tratterebbe di una "sorveglianza diretta ed immediata ... allorquando [ci si imbatte] in soggetti all'evidenza incapaci di badare a loro stessi ed in stato di oggettivo pericolo"), dall'altro è difficilmente immaginabile un affidamento da parte del danneggiato.

Peraltro, a non diversa soluzione si giungerebbe nell'ipotesi di un contratto concluso *per facta concludentia* o di un contratto di fatto¹⁸: anche tale contratto – in quanto

¹⁵ Cfr. *supra*, nota 3.

¹⁶ Per la struttura ospedaliera, già Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589 in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con note di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Corr. giur.*, 1999, 446, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 343, con nota di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*. Sulla struttura scolastica, Cass. civ., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2635, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura a sé stesso: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; G. FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, pp. 1022 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore a se stesso*, in *Corr. Giur.*, 2002, pp. 1293 ss.; A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante* in *Danno e resp.*, 2003, pp. 51 ss.; R. BARBANERA, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pp. 273 ss.

¹⁷ Trib. Sulmona, 16 aprile 2013, che ha ritenuto sussistente, in modo innovativo, un contatto sociale qualificato tra partito politico e associato. G.F. AIELLO, *Note critiche sulla responsabilità da contatto sociale dell'organo di un partito politico (nota a Trib. Sulmona 16 aprile 2013)*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 2, 2014, p. 628 e G.U. MARASCA, *Danno da mancata candidatura e contatto sociale*, *ivi*, p. 346.

¹⁸ G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1977, 151; C.A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, estr. *Ann. Univ. Ferrara*, I, 1950. La figura nasce nella letteratura tedesca (HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941). Peraltro, di solito si ritiene che il contatto sociale qualificato sia una *species* del contratto di fatto (cfr. Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit.), unitamente ad altre tipologie come i rapporti di massa e nulli.

tale – dovrebbe soddisfare un interesse di tipo patrimoniale o comunque economicamente valutabile, ciò che difetta solitamente e anche nel caso di specie¹⁹.

L'unica strada per poter ipotizzare una punibilità passerebbe dunque attraverso l'adesione alla concezione sostanzialistico-funzionalistica, che, come accennato, non guarda alla sussistenza di un obbligo formale, ma alla necessità di una sostanziale posizione di garanzia, ogni qualvolta il garante possieda “*un potere di signoria su alcune condizioni essenziali del verificarsi dell'evento tipico*”²⁰.

La S.C. non prende posizione sul punto della concreta fonte giuridica dell'obbligo, ma si dichiara a favore di una visione per cui l'obbligo può scaturire da una relazione di fatto.

La Corte, in realtà, si accorge del rischio derivante da una piena adesione all'idea che dalla mera situazione di fatto possa derivare l'obbligo di garanzia in capo ad un soggetto: quindi immediatamente circoscrive l'ambito applicativo dell'affermazione ai soli agenti di pubblica sicurezza (e – deve ritenersi – anche agli ufficiali), con esclusione dei comuni cittadini²¹.

Al riguardo, *in primis*, non si comprende bene la ragione di tale distinzione, salvo a voler ritenere che si intendesse distinguere tutti i pubblici ufficiali, e non solo gli agenti di pubblica sicurezza, dai comuni cittadini; ma anche così l'impostazione è criticabile, in quanto fa seguire a un obbligo di attivarsi (peraltro sussistente anche in capo ai comuni cittadini in caso di omissione di soccorso²²) un obbligo di custodia dai contenuti quanto meno oscuri, non potendosi mai affermare con certezza che la custodia sia stata efficace: si tratterebbe di un'obbligazione di risultato molto onerosa, né spontaneamente assunta.

In questo senso l'abbandono viene inteso dalla sentenza come la decisione di terminare anzitempo la custodia; il relativo obbligo, salvo delega della stessa ad un altro soggetto, sarebbe in realtà tutt'altro che temporaneo, ma destinato a consolidarsi sempre più con il passare del tempo, con l'effetto paradossale che diviene più comoda la posizione di chi non si è attivato inizialmente, rispetto a chi invece si è attivato.

Sotto il profilo dei beneficiari, *in secundis*, v'è un'oggettiva difficoltà a circoscrivere “*i soggetti all'evidenza incapaci di badare a loro stessi ed in stato di oggettivo pericolo*”, soggetti che, in ipotesi e provocatoriamente, potrebbero essere costituiti non solo da un pedone anziano fermo alla stazione autostradale, ma anche da un qualunque

¹⁹ Proprio per l'assenza talvolta di patrimonialità, come anticipato, una parte della dottrina preferisce parlare più genericamente di negozi bilaterali o di accordi.

²⁰ G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 90.

²¹ Cfr., in sentenza, il seguente passaggio: “*la predetta posizione di garanzia si atteggia in modo peculiare anche in ragione del ruolo ricoperto dai ricorrenti che, quali agenti di polizia, rivestivano una posizione di maggior protezione e garanzia rispetto alla posizione gravante sul comune cittadino*”.

²² Sulle relazioni tra i due reati, la recente Cass. Pen., sez. V, 14 gennaio 2016, n. 12644, rv. 266874, così massimata: “*Il reato di abbandono di persone minori o incapaci è in rapporto di specialità rispetto a quello di omissione di soccorso, in quanto, a differenza di quest'ultimo che punisce chiunque si trovi occasionalmente a contatto diretto con una persona in stato di pericolo, sanziona la violazione di uno specifico dovere giuridico di cura o di custodia, che incombe su determinate persone o categorie di persone, da cui derivi una situazione di pericolo, anche meramente potenziale, per la vita o l'incolumità del soggetto passivo*”.



1/2017

soggetto costretto, per fame o bisogno, a mendicare o perfino a procurarsi da vivere delinquendo.

La realtà è che una simile posizione di garanzia è ben immaginabile per chi, come i dipendenti dell'amministrazione penitenziaria²³, è tenuto a proteggere la vita e l'incolumità dei detenuti internati in base a norma di legge (artt. 1 e 11 l. n. 345 del 1975), e quindi con obblighi impeditivi dell'evento preesistenti alla situazione di fatto, ma non anche quando l'obbligo sorga al momento stesso ed in conseguenza di altro obbligo di attivarsi.

Alla luce di tali sommarie riflessioni, la sentenza in commento interpella in maniera profonda l'impianto teorico e i risvolti pratici di tutto il sistema delle posizioni di garanzia nel diritto penale italiano, sistema che dunque non sempre risulta chiaro e ben delineato. È tempo forse per ripensarlo, stanti le importanti ricadute in punto di imprevedibilità dell'incriminazione e di compatibilità con il principio di legalità rilevanti anche alla stregua della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

²³ Ed in questa prospettiva, condivisibilmente, Tribunale di Palermo, decreto, 1 giugno 2015, n. 3638, in *dirittocivilecontemporaneo.com.*, pronunciandosi su un ricorso ex art. art. 35-ter l. 354 del 1975 (inserito dall'art. 1 D.L. 92 del 2014), è giunto a configurare un contatto sociale qualificato in capo all'amministrazione penitenziaria.