

Prova di selezione per iniziativa IUS&LAW-Praticanti.Com:

parere di diritto penale, opportunamente svolto, sulla traccia che segue:

Un gruppo di amici decide di partecipare ad una cena in un rifugio di montagna, per la quale lo stesso rifugio mette a disposizione i mezzi idonei al viaggio di andata e ritorno dei partecipanti.

Dopo la cena, la discesa a valle avviene nottetempo a bordo di alcuni slittini con l'accompagnamento di Tizio, poliziotto addetto alle piste e fidanzato della figlia dei gestori del rifugio, il quale, presente casualmente anch'esso nel corso della cena, accetta la richiesta del gestore di seguire i partecipanti a bordo di una motoslitta munita di faro.

Lo slittino con a bordo Mevia, però, erroneamente non percorre la pista stabilita, ma imbocca una pista inidonea che, per via della ripidità e della neve ghiacciata, fa perdere il controllo del mezzo. Mevia viene quindi sbalzata fuori dalla pista, urtando violentemente contro un albero e perdendo la vita.

I genitori di Mevia si rivolgono quindi ad un avvocato di loro fiducia per avere un parere in merito alla possibilità che la responsabilità della morte della figlia venga imputata a Tizio.

Il candidato, assunto le vesti dell'avvocato dei genitori di Mevia, rediga parere motivato, illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie posta al suo esame, soffermandosi in particolare sulla nozione di responsabilità penale omissiva.

Parere Dott.ssa Daniela Meo

Ai fini della risoluzione del caso in esame, occorre accertare se è possibile configurare in capo a Tizio, accompagnatore dei discesisti e profondo conoscitore delle piste, il trasferimento di un obbligo di garanzia secondario o derivato da parte dei gestori del rifugio alpino, originariamente costituiti garanti *ex contractu*. Dall'attribuzione di una simile posizione di garanzia deriva, infatti, l'imputazione di responsabilità a carico di Tizio per l'omicidio colposo di Mevia.

Come emerge dagli accadimenti fattuali, i gestori del rifugio avevano assunto l'obbligo contrattuale di curare il rientro in sicurezza dei partecipanti alla cena a causa dell'oggettiva pericolosità del trasferimento notturno delle persone su declivi montuosi innevati e bui. Successivamente, Tizio, poliziotto addetto alle piste e casualmente presente nel corso della cena, accettava la richiesta del gestore di seguire i partecipanti a bordo di una motoslitta munita di faro.

2

Visto quanto sopra esposto, è necessario stabilire se una posizione di garanzia possa fondarsi su una mera situazione di fatto e non su un obbligo giuridico e se la responsabilità possa discendere dalla circostanza che Tizio si adopera concretamente per aiutare i discesisti a percorrere le piste ghiacciate.

In merito, l'art. 40, comma 2 del codice penale sancisce che "*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*".

Il sopracitato obbligo giuridico di impedire l'evento è, generalmente, qualificato come obbligo di garanzia ed è stato oggetto di contrastanti elaborazioni dottrinarie.

In base alla teoria formale, seguace dei principi del liberalismo giuridico classico, l'ordinamento giuridico penale è un sistema basato su divieti. L'imputazione causale conseguente all'omissione di una condotta doverosa rappresenta un'eccezione e l'obbligo giuridico di agire deve trovare un fondamento in una fonte giuridica formale, come un contratto, la consuetudine, la *negotiorum gestio*, una precedente azione pericolosa.

La Dottrina fautrice di tale tesi ha il merito di assecondare le esigenze di legalità e di tipicità, negando rilievo ad impostazioni eticheggianti che possano attribuire rilevanza giuridica ad obblighi prettamente morali.

Presenta, tuttavia, degli indubbi limiti. Innanzitutto, estende eccessivamente la portata applicativa dell'art. 40 cpv. c.p., dal momento che nelle differenziate branche dell'ordinamento si rinvengono molteplici obblighi dai quali possono scaturire altrettante fattispecie di imputazione.

Assegnando particolare rilievo alla fonte giuridica formale dell'obbligo, nega inoltre la sussistenza dello stesso tutte le volte in cui, pur sussistendo di fatto la presa in carico della tutela di un determinato bene giuridico, vi sia un contratto invalido.

Al fine di superare le limitazioni sottese alla formulazione della predetta teoria formale, parte della Dottrina ha formulato delle elaborazioni di tipo sostanzialistico, fondate sulla funzione dell'imputazione per omissione e sulla natura solidaristica di tutela dei beni della vita. Essa

3

individua il soggetto titolare di una posizione di garanzia dei beni giuridici sulla base del ruolo concretamente svolto e della posizione di fatto assunta.

In tal modo, adotta criteri maggiormente restrittivi per l'individuazione dei casi in cui concretamente nasce il dovere di agire nell'ampia congerie di obblighi dettati dall'ordinamento giuridico. Consente di ritenere sussistente il suddetto obbligo di garanzia anche in ipotesi di invalidità contrattuale, quando vi sia un'effettiva presa in carico del bene e sostanzialmente si realizzi una situazione di fatto assimilabile ad una fattispecie delineata dalla fonte legale dell'obbligazione, come ad esempio una duratura convivenza di tipo familiare.

Tale ultima tesi presenta il vantaggio di risolvere le problematiche derivanti dalla precedente teoria formale, ma crea dei rapporti di tensione con i principi di legalità e di tassatività, perché rende incerti i criteri di selezione degli obblighi di garanzia e delle relative fonti. In tal senso, non è possibile circoscrivere l'imputazione per omissione entro specifici confini.

Per ovviare a ciò, alcuni Autori hanno perfezionato una tesi mista, frutto della reciproca integrazione dei principi tipici delle due sopradescritte teorie, formale e contenutistica. Anche tale teoria, tuttavia, lascia spazio ad un'eccessiva eterogeneità di soluzioni applicative e ad un'agile manipolabilità dei criteri guida. Ciò porta, da un lato, ad estendere i casi di imputazione delle responsabilità (specialmente, in ambito infortunistico), dall'altro, a restringerli (è il caso della negazione dell'obbligo di garanzia dei genitori per i fatti lesivi dell'intangibilità sessuale dei figli minori o delle forze di polizia per i reati commessi).

Anche la teoria mista presenta, quindi, il limite di contrastare con i principi di tassatività, legalità e tipicità, dando luogo a criteri di imputazione della responsabilità indeterminati e discrezionali.

In linea generale, il pensiero giuridico prevalente riconosce la centralità della posizione di garanzia, vale a dire del ruolo concretamente assunto da un determinato soggetto, ma contemporaneamente intende eliminare ipotesi che diano luogo ad un soggettivismo smodato o a soluzioni fortemente moraleggianti ed individuare in modo chiaro e determinato la fonte dell'obbligo.

4

Tra le fonti di obbligo, si annoverano: la legge, di diritto pubblico e di diritto privato, pur permanendo qualche dubbio in ordine alla rilevanza delle fonti sublegislative come regolamenti, atti amministrativi e consuetudine; i contratti, sia tipici come i contratti di prestazione d'opera della guardia giurata o della bambinaia, sia atipici. In tale ultimo ambito, si possono collocare situazioni della vita ordinaria nelle quali l'assunzione del ruolo di garante si fonda su base consensuale. È il caso dei membri di un'associazione di volontari di pronto soccorso, dei vicini di casa che si offrono a titolo gratuito di trasportare in ospedale l'ammalato o di custodire il bambino in assenza dei genitori, della guida di montagna che intende accompagnare l'inesperto escursionista, con accettazione del servizio da parte dei beneficiari.

Sviluppando tale concezione, un orientamento giurisprudenziale consolidato ha, spesse volte, individuato delle obbligazioni di natura contrattuale che non sono basate sul contratto, ma sul cd. "contatto sociale". Ciò significa che le obbligazioni di garanzia possono sorgere da rapporti contrattuali di fatto, allorché taluni soggetti entrano tra loro in contatto. Anche se il "contatto sociale" non riproduce le note fattispecie negoziali, ad esso si ricollegano comunque degli obblighi di comportamento volti a tutelare gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi, si ravvisa una responsabilità di tipo contrattuale, se il soggetto non pone in essere le condotte cui è tenuto in forza di un precedente vincolo.

Un tipico rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale è quello che si crea tra il medico ed il paziente. A proposito, la Corte di Cassazione precisa che: *"l'obbligazione del medico dipendente dal S.S.N. per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul contatto sociale connotato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità dell'esercente una professione protetta, ha natura contrattuale perché basata su un rapporto contrattuale di fatto"* (Cass. 2 gennaio 1999, n. 589). La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per inesatto adempimento della prestazione ha natura contrattuale ed è quella propria del professionista, con la conseguenza che trovano applicazione il regime proprio di questo

5

tipo di responsabilità con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova, alla diligenza, al grado della colpa, alla prescrizione ordinaria (*ex multis* Cass. Sez. III, n. 9085 del 19/04/2006).

La responsabilità da contatto sociale ricorre anche nel contesto della relazione educativa.

Nell'ipotesi di danno cagionato dall'allievo a sé stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante ha natura contrattuale, in quanto l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola comportano l'instaurazione di un vincolo negoziale, che fa sorgere a carico dell'insegnante e dell'istituto scolastico l'obbligazione di vigilare sulla

sicurezza e l'incolumità dell'allievo durante il periodo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni. (Sez. Un. n. 9346 del 27/06/2002).

Con riguardo ai rapporti contrattuali di fatto o da contatto sociale, la Suprema Corte sancisce che *"l'atto negoziale tipico o atipico può esser fonte dell'obbligo, come nel caso classico della guardia giurata che assume l'obbligo di vigilare ed intervenire contro la commissione di rapine in banca. In tale caso la facoltà di autotutela del titolare del bene giuridico si converte in obbligo di tutela per il garante. Esso può altresì dare luogo al trasferimento dell'obbligo dal garante originario ad altro, col conseguente mutamento del garante"* (Cass. pen. Sez. IV, 22/05/2007, n. 25527).

Invero, anche allorquando vi sia l'assunzione consensuale di un'obbligazione, ciò che fondamentalmente rileva è l'oggettiva presa in carico del bene tutelato, tanto che l'obbligo di protezione può nascere da una stipulazione cui non partecipi il soggetto titolare del bene, come nel caso di scuola in cui uno spettatore, prima di una gara di nuoto, ingaggi una persona perché salvi un eventuale nuotatore poco provetto, senza che questi ne sappia nulla.

L'obbligo di garanzia di fonte contrattuale non implica, tuttavia, l'automatica e concreta sussistenza dell'obbligazione. Affinchè ciò si verifichi, deve esserci l'effettivo trasferimento al garante dei poteri-doveri impeditivi non solo giuridici, ma anche fattuali nel pieno rispetto del principio di personalità della responsabilità penale. Per tali ragioni, si è esclusa l'imputazione causale nelle fattispecie in cui pur essendoci un contratto perfezionato, si assiste nei fatti ad un inadempimento contrattuale. Si pensi alla guida alpina che non va al rifugio nel giorno convenuto ed al cliente che,

6

invece di rinviare, affronta la scalata in solitaria; o alla bambinaia che non si presenta in servizio all'ora prefissata ed ai genitori che si allontanano ugualmente lasciando incustodito il figlio. Nelle citate ipotesi, la mancata presa in carico del bene giuridico configura sicuramente un inadempimento del contratto, ma non dell'obbligo di garanzia che insorge soltanto all'atto del trasferimento di fatto dei poteri impeditivi. Conseguentemente, la guida alpina e la bambinaia rispondono dell'inadempimento, ma non della morte dello scalatore o della situazione di pericolo in cui possa trovarsi il bambino.

A riguardo, i Giudici di legittimità sostengono che *"nei reati colposi omissivi, ai fini della sussistenza del nesso di causalità tra la condotta e l'evento non è sufficiente l'assunzione, da parte del soggetto agente, di un obbligo di tutela, ma è necessaria la presa in carico del bene protetto. L'imputazione ha luogo quando, pur in presenza di un contratto invalido, vi è stata la presa in carico del bene protetto"* (Cass. pen. Sez. IV, 22/05/2007, n. 25527).

Con specifico riferimento alla guida, i medesimi Giudici affermano che è configurabile in capo alla stessa una posizione giuridica di garanzia anche autonoma, perché è possibile identificare nell'avvio convenuto della discesa guidata un'obbligazione "di fatto" o "da contatto sociale" verso i destinatari della tutela, sufficiente a fondarne la responsabilità per l'omesso impedimento della morte di uno dei soggetti affidati alla sua tutela.

Possono, dunque, ricorrere ipotesi nelle quali, pur in assenza di un preesistente obbligo giuridico, un soggetto assuma volontariamente ed unilateralmente dei compiti di tutela, quando per esempio il contratto è nullo. Altri casi sono configurabili nel momento in cui: i vicini di casa, in assenza dei genitori, si prendono cura del bambino; i volontari di pronto soccorso aiutano il ferito in stato d'incoscienza; il sequestratore assiste il sequestrato bisognoso di farmaci ed assume, quindi, dei compiti di tutela a seguito del compimento di un atto illecito.

Tenendo conto dei suesposti criteri formali e sostanziali di imputazione, ai fini della risoluzione del caso il esame, si può pacificamente affermare che Tizio è titolare di una posizione di garanzia, che gli è stata trasferita dai gestori del rifugio. La concreta venuta ad esistenza dell'obbligo di controllo

7

si è verificata successivamente mediante la reale assunzione in carico della gestione della situazione pericolosa vale a dire della discesa a valle delle persone nelle difficili condizioni ambientali delle quali si è fatto cenno. Non sussistono dubbi in ordine all'effettiva e concreta assunzione dell'incarico da parte dell'accompagnatore, poiché lo stesso si è posto alla guida di una moto-slitte munita di un faro ed ha diretto e controllato la discesa, ingenerando nei discesisti un ragionevole affidamento sulle proprie competenze e perizia. Nel caso di specie, l'avvio convenuto della discesa guidata rappresenta un'intesa consensuale tra l'imputato ed i discesisti, un negozio atipico dal quale è scaturito l'obbligo di garanzia a carico di Tizio e, conseguentemente, l'imputazione dell'infausto evento costituito dalla morte di Mevia.

Quanto all'elemento psicologico, infine, corre l'obbligo specificare che sicuramente il comportamento incongruo tenuto dalle discesiste, che hanno imboccato una pista inidonea e non hanno adeguatamente segnalato le loro difficoltà, ha ingenerato un concorso di colpa delle vittime. A Tizio, tuttavia, è addebitabile la colpa di non avere congruamente vigilato, tenendo una

scrupolosa condotta di controllo e di intervento tempestivo, al fine di scongiurare la situazione di pericolo.

Per ritenere insussistente l'imputazione di responsabilità, non rileva neanche il fatto che Tizio, accortosi delle circostanze pericolose, dovendo optare tra i due comportamenti entrambi corretti di seguire le due discesiste o gli altri componenti del gruppo, ha comunque tenuto una condotta ineccepibile. Invero, Tizio non si è trovato di fronte a due situazioni parimenti pericolose ed implicanti la scelta tra comportamenti egualmente appropriati. Come posto in evidenza dai dati fattuali, le ragazze si trovavano già in una contingenza drammatica, mentre gli altri discesisti erano in una situazione delicata ma non necessitante di un immediato e pronto intervento. Questi ultimi, infatti, stavano percorrendo l'itinerario convenuto senza particolari difficoltà attuali ed apprezzabili. Nelle circostanze del caso concreto, poiché difettava l'equivalenza fra situazioni pericolose, l'imputato sarebbe dovuto intervenire per scongiurare il pericolo incontrato dalle discesiste.

8

Diversamente argomentando, si giungerebbe all'assurda ed illogica soluzione secondo la quale chi assume l'incarico di proteggere diverse persone non ne possa in realtà aiutare nessuna.

Considerato quando sopra argomentato, si può pacificamente concludere che Tizio nel caso di specie è responsabile della morte di Mevia. In virtù di un negozio atipico, rappresentato dall'avvio convenuto della discesa, ha infatti assunto un obbligo di garanzia nei confronti dei componenti del gruppo, ha preso concretamente in carico il bene giuridico da tutelare ed ha, successivamente, tenuto un comportamento rimproverabile sotto il profilo della colpevolezza.

Parere Dott.ssa Paola Ratti

Egregi Signori,

con la presente faccio seguito ai colloqui intercorsi esponendo il mio parere, in merito alla questione da Voi prospettata. Mi avete narrato che vostra figlia si è recata in un rifugio di montagna per partecipare ad una cena. Lo stesso rifugio si era impegnato ad assicurare il trasporto; l'accompagnamento dei clienti era stato successivamente affidato a Tizio, poliziotto addetto alle piste, nonché fidanzato della figlia dei gestori del rifugio, il quale era casualmente presente alla cena. Lo slittino su cui viaggiava vostra figlia Mevia, tuttavia, veniva condotto su una pista non idonea e, a causa della ripidità e della neve ghiacciata diveniva incontrollabile. Mevia veniva quindi sbalzata fuori dal mezzo, urtando contro un albero e perdendo la vita.

Al fine di verificare la sussistenza di una responsabilità penale per l'accaduto in capo a Tizio, occorre preliminarmente svolgere alcune riflessioni in tema di responsabilità omissiva. Tali considerazioni devono essere compiute tenendo presente la fattispecie di reato che qui ci occupa, ovvero l'omicidio colposo. Quest'ultimo è descritto all'art. 589 c.p., secondo il quale chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. Tale reato a tutela del bene giuridico vita rientra nella categoria dei reati a forma libera e di evento, per i quali le modalità di azione possono essere le più varie, riferendosi la fattispecie descritta solo all'evento. Si tratta, inoltre, di un reato improprio, il quale si configura senza che il soggetto agente abbia una particolare qualifica o un determinato tipo di rapporto con la vittima. La morte della persona deve, tuttavia, essere addebitabile al soggetto agente, in virtù di una sua azione o di una sua omissione. L'art. 40 c.p. pone, infatti, quale principio fondamentale per la sussistenza del reato il rapporto di causalità. In virtù del primo comma nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. La norma prosegue poi specificando che non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo. Ciò significa che anche un'omissione può comportare la responsabilità penale del singolo ove essa sia all'origine dell'evento dannoso; tuttavia, questa deve verificarsi in presenza di un obbligo giuridico di agire o di impedire l'evento dannoso. Il soggetto agente deve trovarsi rispetto al bene giuridico in una posizione di garanzia, da cui derivi il dovere di attivarsi per impedire l'evento dannoso. In dottrina ed in giurisprudenza sono emerse diverse teorie circa l'origine della posizione di garanzia. In primo luogo, si ha la teoria della fonte formale, in virtù della quale la posizione di garanzia discende da una fonte normativa di diritto privato o pubblico, anche non scritta. Secondo tale impostazione, quindi, è necessario che l'obbligo di attivarsi discenda dalla legge: si tratta, dunque, di

una tesi restrittiva che limita le situazioni in cui tale obbligo grava su un determinato soggetto, richiedendo un'espressa previsione normativa. Accanto a questa teoria è sorta quindi la teoria sostanziale, in virtù della quale la posizione di garanzia deriva da una situazione di fatto, la quale può sorgere per una precedente condotta illegittima che dia origine ad un dovere di intervento. In entrambi i casi, ovvero quello in cui la posizione di garanzia derivi da una fonte formale o da una situazione di fatto, deve sussistere un potere attraverso il corretto uso del quale il soggetto garante sia in grado, attivandosi, di impedire l'evento. Esiste poi una teoria mista che si compone di elementi tratti da entrambe, integrando criteri sostanziali e formali di imputazione.

La giurisprudenza tenendo conto di tali elementi ha considerato come fonte della posizione di garanzia anche le disposizioni negoziali, in virtù delle quali il soggetto si obbliga ad attivarsi. Un particolare obbligo di garanzia è poi quello che deriva da obbligazioni di natura contrattuale, ma non fondate su un contratto, bensì su un'ipotesi di contatto sociale. Un obbligo di questo tipo può infatti sorgere in presenza di rapporti contrattuali di fatto, i quali non sorgono da una stipulazione formale, ma dal contatto che viene a crearsi tra due determinati soggetti. Tale concetto è stato sviluppato soprattutto in tema di responsabilità medica, per evidenziarne la natura contrattuale, a prescindere da una stipulazione negoziale formale diretta con il paziente. Un'obbligazione di natura convenzionale deriva anche dall'iniziativa unilaterale del singolo, nonché gli atti negoziali atipici. In proposito, si può ricordare una recente sentenza in cui la Cassazione affermava che "Tra le fonti dell'obbligo di garanzia, tali da poter fondare la responsabilità omissiva ex art. 40, comma 2, c.p., rientrano anche le fonti convenzionali tra le quali sono da ricomprendere non solo i contratti tipici, ma anche gli atti negoziali atipici e le iniziative volontarie unilaterali assunte di fatto pur in assenza di uno specifico obbligo giuridico" (Cass. n. 25527/07).

Applicando tali principi al caso di specie, possiamo ravvisare una posizione di garanzia a carico di Tizio, da cui discendeva l'obbligo di impedire l'evento. È vero, infatti, che egli si trovava per caso al rifugio, per motivi probabilmente di carattere personale e non di lavoro, essendo il fidanzato della figlia dei gestori. Tuttavia, egli ha esplicitamente accettato la richiesta del gestore del rifugio di assicurare il viaggio dei clienti del rifugio. In tale proposta e accettazione possiamo dunque ravvisare una fonte convenzionale dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Essendo egli, inoltre, un poliziotto addetto alle piste, non vi è alcun dubbio circa il potere in capo allo stesso di impedire l'evento, avendo egli il sufficiente addestramento e la necessaria abilità e perizia per gestire gli spostamenti sulle piste. Egli avrebbe dunque dovuto assicurarsi che lo slittino su cui si trovava Mevia non uscisse di pista e che lo stesso non sfuggisse al controllo di quest'ultima. In virtù dunque della sussistenza di una posizione di garanzia, con conseguente obbligo giuridico di impedire l'evento, è possibile ravvisare il nesso di causalità che fonda la responsabilità omissiva di Tizio. Ove quindi possano essere ravvisati gli altri elementi del reato, egli potrebbe essere ritenuto responsabile di omicidio colposo.

Parere Dott.ssa Alessia Pinori

Faccio seguito al colloquio intercorso per esprimere il mio parere in merito alla vicenda per la quale i genitori di Mevia si sono rivolti al mio studio. I signori mi hanno riferito che la loro figlia Mevia aveva partecipato insieme ad altri amici ad una cena presso un rifugio di montagna, i cui gestori avevano messo a disposizione dei partecipanti i mezzi idonei a raggiungere il rifugio.

Il viaggio di ritorno era avvenuto a bordo di alcuni slittini seguiti da Tizio il quale, presente casualmente alla cena essendo il fidanzato della figlia dei gestori, aveva accettato la richiesta di questi ultimi di seguire il gruppo nella discesa a valle, in quanto poliziotto addetto al servizio piste e munito di una motoslitte dotata di faro. Tuttavia, durante la discesa, lo slittino sul quale viaggiava Mevia aveva imboccato erroneamente un'altro percorso, non idoneo perché molto ripido e ghiacciato e, proprio a causa della ripidità e del ghiaccio presente, era uscito fuori pista, urtando violentemente contro un albero. In conseguenza e per l'effetto dell'urto, Mevia aveva perso la vita. Sulla base dei fatti così come narrati, al fine di verificare se la morte di Mevia possa essere attribuita alla responsabilità dell'accompagnatore Tizio, occorre analizzare gli istituti giuridici sottesi al caso in esame, partendo innanzitutto dall'esame della fattispecie prevista e disciplinata dall'art. 589 c.p., che punisce chiunque cagiona per colpa la morte di una persona. Si tratta di un reato comune di evento, a forma libera, il cui elemento soggettivo è la colpa. La norma, infatti, nel tipicizzare il fatto punibile, rinvia implicitamente alla definizione generale del delitto colposo contenuta nell'art. 43 c.p., sicché l'omicidio colposo può

essere definito come la causazione involontaria di un evento letale caratterizzata dalla violazione di regole di condotta aventi finalità cautelare.

Si parla di colpa c.d. generica, quando l'evento si verifica a causa di una condotta negligente, imprudente o imperita, e di colpa c.d. specifica, quanto l'evento consegue all'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. È un reato causalmente orientato: non è sufficiente la semplice causazione della morte di una persona, occorrendo che questa causazione sia contrastante con una norma precauzionale, la quale tendeva a prevenire proprio il verificarsi dell'evento letale. La prevedibilità e l'evitabilità dell'evento costituiscono, dunque, i parametri sulla base dei quali la condotta posta in essere dall'agente può essere valutata sotto il profilo della colpa. Essendo un delitto colposo, non è configurabile il tentativo. La fattispecie in esame è inoltre realizzabile sia attraverso una condotta attiva, commissiva, sia attraverso un comportamento passivo, omissivo.

Proprio quest'ultima caratteristica della fattispecie delittuosa de qua, impone un'attenta analisi di una particolare categoria di reati, i c.d. reati omissivi impropri, previsti e disciplinati dall'art. 40 Il comma c.p., che punisce colui il quale non impedisce il verificarsi di un evento che ha l'obbligo giuridico di impedire. La fattispecie obiettiva del reato omissivo improprio ricomprende innanzitutto la situazione tipica, intesa come il complesso dei presupposti di fatto che danno vita ad una situazione di pericolo per il bene da proteggere e che rendono, quindi, attuale l'obbligo di attivarsi del garante.

Tra questi presupposti di fatto rientrano, da un lato, la condotta omissiva di mancato impedimento e, dall'altro, il verificarsi dell'evento che non è stato impedito e che corrisponde all'evento naturalistico previsto dalla fattispecie commissiva-base. Affinché all'omittente possa essere attribuita la responsabilità per il verificarsi dell'evento, occorre dimostrare che esiste un nesso di causalità tra quest'ultimo e la condotta omissiva, nonché verificare se in capo al soggetto sussista un obbligo giuridico di impedire l'evento, solitamente evocato come obbligo di garanzia.

Riguardo quest'ultimo tipo di accertamento, è noto come, a differenza degli illeciti per omissione previsti espressamente dalla legge penale, in cui gli obblighi impeditivi sono individuati a livello della singola previsione incriminatrice, nei reati omissivi impropri gli obblighi impeditivi assumono rilevanza solo in virtù della clausola generale di equivalenza di cui all'art. 40 Il comma c.p.. Detta clausola, infatti, prevedendo l'equivalenza tra il non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire ed il cagionarlo, consente di dar vita a nuovi reati, altrimenti non espressamente contemplati dal legislatore.

Rimane tuttavia il problema di comprendere quale sia la natura di questo obbligo di garanzia e quali siano, dunque, gli obblighi giuridici di attivarsi, la cui violazione consenta l'affermazione di responsabilità penale omissiva. In dottrina si contengono il campo diverse teorie: da quella formalistica, in base alla quale l'obbligo impeditivo, costringendo il soggetto ad intervenire in funzione di tutela di un bene giuridico altrui, rappresenta un'eccezione e pertanto deve trovare fondamento in una fonte giuridica formale, che può essere la legge, il contratto o anche la precedente azione pericolosa; alla teoria sostanziale, in virtù della quale la fonte dell'obbligo giuridico di attivarsi può essere desunta dal rapporto di tutela concretamente instauratosi tra i soggetti, a prescindere dall'esistenza di un contratto o di una previsione normativa; ad una teoria mista, che tende invece a salvaguardare il principio di legalità e quindi la dimensione normativa dell'obbligo giuridico, pur senza trascurarne il contenuto materiale.

Quest'ultima tesi sembra trovare conforto proprio in un recente orientamento della Corte di Cassazione, in base al quale " nei reati colposi omissivi, ai fini della sussistenza del nesso di causalità tra la condotta e l'evento non è sufficiente l'assunzione, da parte del soggetto agente, di un obbligo di tutela, ma è necessaria la presa in carico del bene protetto. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta la responsabilità per omicidio colposo in capo a soggetto che, assunto l'incarico di controllare il rientro notturno di alcuni slittini in un rifugio di montagna, seguendoli con una motoslitte, aveva trascurato di seguire uno di essi che aveva imboccato, a causa della neve ghiacciata e della ripidità della pista, un percorso errato, andandosi così a schiantare contro un albero)". (Cass., Sez. IV, 22 maggio 2007 – 4 luglio 2007, n. 25527). Secondo questo orientamento, pertanto, potrebbe asserirsi che la posizione di garanzia che, in virtù di un vincolo di tipo contrattuale, era stata assunta dai gestori del rifugio nei confronti dei partecipanti alla cena, predisponendo i mezzi idonei per il rientro in sicurezza degli stessi, li aveva resi responsabili dell'incolumità dei partecipanti stessi fino al momento in cui, proprio al fine di assicurare il miglior esito di quel rientro, i gestori avevano affidato la direzione della discesa a valle dei partecipanti a Tizio, persona esperta e profonda conoscitrice dei percorsi, essendo un poliziotto addetto alle piste, munito tra l'altro di una motoslitte con faro.

Pertanto, dal momento in cui lo stesso Tizio aveva accettato di accompagnare e sorvegliare il rientro a valle dei discesisti, l'obbligo di garanzia precedentemente assunto dai gestori del rifugio ex contractu, era stato trasferito in capo a Tizio. Pertanto, alla luce delle considerazioni sinora svolte, sembrerebbe che a nulla rilevi il fatto che Tizio non avesse avuto inizialmente alcun ruolo nell'organizzazione della cena e che si fosse trovato casualmente a parteciparvi, essendo fidanzato della figlia dei gestori,

perché in realtà la semplice assunzione di fatto del ruolo di accompagnatore lo avrebbe reso responsabile a tutti gli effetti nei confronti delle persone che scendevano a valle di notte, avendo assunto nei loro riguardi quell'obbligo giuridico di protezione, che inizialmente era sorto in capo ai gestori.

Tuttavia, occorre evidenziare che, stando all'orientamento giurisprudenziale di cui sopra, l'assunzione dell'impegno di vigilare la discesa dei ragazzi non sarebbe stata, da sola, sufficiente a generare concretamente la posizione di garanzia di Tizio nei confronti dei discesisti, essendo pur sempre necessaria la reale ed effettiva assunzione in carico della gestione della situazione pericolosa, costituita dal rientro a valle nelle difficili condizioni cui si è accennato, da compiersi di notte e su declivi montuosi innevati e bui. Ed i partecipanti, per affrontare siffatta situazione pericolosa, avevano fatto affidamento proprio sulla competenza e sull'esperienza dell'accompagnatore, facendo in tal modo sorgere in capo a quest'ultimo quella posizione di garanzia di cui all'art. 40 Il comma c.p..Alla luce delle suesposte considerazioni e dell'orientamento giurisprudenziale prevalente, ritengo che nel caso di specie Tizio potrebbe essere condannato per il reato di omicidio colposo ex art. 589 c.p., in relazione all'art. 40 Il comma c.p., avendo omesso, per colpa, di adottare tutte le cautele necessarie ad evitare il verificarsi dell'evento morte di Mevia; evento prevedibile attesa la considerevole esperienza professionale di quest'ultimo, a fronte della pericolosità della situazione e dell'inesperienza dei partecipanti, e quindi evitabile.