

KAI AMBOS
Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Göttingen
Giudice delle *Kosovo Specialist Chambers*

OMISSIONI *

PAROLE CHIAVE:

omissione – responsabilità – dovere di agire – *common law* – *civil law*

KEY WORDS:

omission – liability – duty to act – *common law* – *civil law*

ABSTRACT

*Un mero non agire si converte in una omissione penalmente rilevante se l'omittente aveva un dovere giuridico e la possibilità di impedire il danno conseguente o la violazione di un interesse giuridico. Intesa in tal modo, la responsabilità per omissione ha due forme di manifestazione: come altra faccia della responsabilità per una condotta attiva o come mera omissione, come nell'esempio dell'omissione di soccorso. La distinzione ha una rilevanza non solo accademica, poiché la prima di queste forme implica, di solito, condanne molto più severe rispetto alla seconda. Sebbene le fonti del dovere di agire possano variare – legge, contratto o aspettative sociali – esso in ogni caso si basa su una forma di controllo da parte dell'omittente, o nei confronti della fonte del pericolo o nei confronti dell'oggetto posto in pericolo. Quanto ai doveri di agire che risultano rilevanti, ci sono grandi similitudini tra il diritto inglese (*common law*) e il diritto tedesco (*civil law*), sia in termini di fondamento della responsabilità del garante, sia riguardo agli obblighi giuridici individuali. Allo stesso modo, i presupposti normativi sottostanti, in senso favorevole o contrario al reato di omissione di soccorso, sono in larga misura identici nei dibattiti di *civil law* e di *common law*.*

A mere failure to act turns into a criminally relevant omission if the issuer had a legal duty to act and the ability to prevent the consequent damage or the violation of legal interest. Understood in this way, responsibility for omission has two forms of manifestation: as another face of liability for active conduct or as a mere omission, as in the example of failure to assist. The distinction has not only academic relevance since the first of these forms usually implies much more severe sentences than the second. Although the sources of the duty to act may differ – law, contract, or

* Traduzione dall'inglese di Gabriele Fornasari, dall'originale *Omissions*, in K. AMBOS (a cura di), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Cambridge, 2020, 17 ss.

social expectations – in each case it is based on a form of oversee by the issuer, either towards the source of the danger or towards the object placed in danger. Concerning the relevant duties to act that, there are great similarities between English law (common law) and German law (civil law), both in terms of the basis of the guarantor's liability and the individual legal obligations. Similarly, the underlying legal assumptions, in favor or against the crime of failure to assist, are largely identical in civil law and common law debates.

SOMMARIO: I. La distinzione fondamentale fra azione ed omissione. Verso un approccio normativo. – II. Due forme di omissione: omissione pura e commissione mediante omissione. – III. Commissione mediante omissione: l'obbligo di agire e il suo fondamento. - 1. Obblighi di garanzia nel diritto continentale. - 2. Obblighi speciali in *common law*. - 3. La combinazione degli approcci di diritto continentale e di *common law*. – IV. La responsabilità per omissione di soccorso: i presupposti normativi soggiacenti. - 1. Verso una convergenza degli approcci di *Common Law* e *Civil Law*. - 2. Da un dovere etico a un obbligo giuridico: solidarietà e condizioni di una libertà effettiva. - 3. La responsabilità del concreto soccorritore.

I. *La distinzione fondamentale fra azione ed omissione. Verso un approccio normativo.* – Da un punto di vista naturalistico, l'omissione è il contrario dell'azione, cioè è una non-azione, un'assenza di azione. Da questo punto di vista, un'azione, o condotta attiva, può essere facilmente identificata per via del dispendio di energia generato, per esempio, da un movimento corporeo che causa un certo risultato nel mondo empirico. Al contrario, l'omissione manca di realtà fisica, in quanto non dispiega alcuna energia (causale): in questo senso, essa è semplicemente inesistente¹. In conseguenza di tale approccio naturalistico, è stato affermato che in realtà le omissioni non possono produrre alcun evento e che pertanto non possono avere alcuna rilevanza giuridica e tanto meno essere fonti di responsabilità penale².

Tuttavia, questo modo di argomentare è intrinsecamente sbagliato. Di fatto, si fonda su una fallacia naturalistica dal momento che dalla mera esistenza empirica (dall'«essere») realizza un'inferenza erronea rispetto al mondo morale dei fini e dei valori (il «dover essere»)³. Ma il fatto naturalistico che un'omissione difetti di una

¹Per questa posizione, cosiddetta «ontologica», basata sulla distinzione naturalistica di Radbruch tra condotta attiva e passività in termini di generazione o no di un'energia (causale), si vedano C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 31, 70; T. WEIGEND, § 13 (2007), nm. 2, con ampi riferimenti. Si vedano anche: O. KIRCHHEIMER, *Criminal Omissions* (1942), 617-9; J.D. GÓMEZ-ALLER, *Omissions* (2008), 431, con riferimenti anche a Franz von Liszt e a Ernst Beling. Riguardo al dibattito originario di *common law* si veda J.D. BENTHAM, *Principles* (2000), 72 (atto positivo come «movimento o sforzo», negativo come «mantenersi in riposo») ed anche: D.N. HUSAK, *Philosophy* (1987), 173 ss.; M.S. MOORE, *Act* (1993), 28 ss.; in senso critico G.P. FLETCHER, *Irrelevance* (1994), 1443-54; A.P. SIMESTER, *Theory* (1995), 313 ss.

²Cfr. M.S. MOORE, *Act* (1993), 267-78. Sulla varietà delle espressioni causali in questo ambito, specie su «causare come lasciare accadere», si veda J. FEINBERG, *Harm* (1984), 180-181.

³Il *locus classicus* del problema «essere-dover essere» è il *Treatise of Human Nature*, di Hume. Kant lo formula più chiaramente nel 1781, nella sua *Critica alla ragion pura*, 199: «Perché

realtà fisica non risponde alla questione normativa, se l'omittente debba incorrere o meno nella responsabilità penale per il risultato dannoso della sua omissione. In altre parole, la distinzione naturalistica tra azione ed omissione – più precisamente, tra esistenza o assenza di un movimento corporeo (non fare) – non ha una rilevanza morale né normativa in vista della necessità di stabilire una responsabilità penale⁴.

Infatti, il riconoscimento di essa in virtù di una «commissione mediante omissione», così ben espresso nel concetto francese «*commission par omission*»⁵, evidenzia che il problema non si riferisce ai movimenti corporei, ma alla questione normativa, se e quando ci si possa aspettare che qualcuno agisca⁶, in modo tale che la sua omissione – intesa in senso giuridico, cioè non come un mero non fare naturalistico⁷ – equivalga alla commissione di un reato. Questa è la ragione per la quale la dottrina tedesca – seguita in ciò da quella spagnola e da quella portoghese – parla in questo tipo di casi di omissione «impropria» (*unechte*): non si tratta veramente di un'omissione, ma piuttosto di una forma di commissione che si realizza mediante un'omissione⁸. Si consideri la tutela della vita umana attraverso la fattispecie di reato universalmente riconosciuta di omicidio: può davvero fare differenza in modo rilevante per il diritto (normativamente), riguardo alla lesione del bene giuridico tutelato e alla causazione del relativo danno, il fatto che qualcuno sia stato ucciso per mezzo di un'azione o di un'omissione? Che A uccida B sparandogli (un'azione) o (solo) lasciandolo annegare in mare anche se potrebbe salvarlo (un'omissione), la vita di B è comunque sacrificata da una condotta imputabile ad A, ad onta della distinzione naturalistica tra agire ed omettere (e di altre condizioni necessarie per l'attribuzione ad A della responsabilità penale).

per quanto riguarda la natura l'esperienza ci mostra le regole ed è la fonte della verità, mentre per quanto riguarda le leggi morali l'esperienza sfortunatamente è madre dell'illusione, ed è tra le cose riprovevoli al massimo grado voler limitare o dedurre le leggi su *ciò che dovrebbe essere fatto* a partire da *quello che si fa*" (corsivo aggiunto). Vari Autori di *common law* hanno provato a chiarire la tesi di D. Hume, spesso ignorando E. Kant: così per esempio A. MALEC, *Is-Ought* (2007), 11-12; J. GREENE, *Implications* (2003), 846-50.

⁴ Il punto è stato segnalato con la maggior fermezza da G.P. FLETCHER, *Irrelevance* (1994), 1445, 1448, 1453 (quello che conta non è la presenza o assenza di «atti volontari», ma piuttosto si tratta dell'opera dell'uomo, 1444). Si vedano anche J.D. GÓMEZ-ALLER, *Omissions* (2008), 431-4, 437, 444 e, per una critica generale del requisito dell'atto, D.N. HUSAK, *Act* (2011), 107 ss.

⁵ Si veda per esempio P. BOUZAT, J. PINATEL, *Criminologie* (1963), 121 ss.; per maggiori dettagli, *infra* nel testo e nota ⁴⁴.

⁶ Su queste aspettative normative sottostanti e preesistenti, si vedano C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 31, nm. 6-7; A.P. SIMESTER, *Theory* (1995), 320; R.A. DUFF, *Answering* (2007), 108.

⁷ Riguardo a questa giustapposizione si vedano anche R.A. DUFF, *Answering* (2007), 108 e A. ASHWORTH, *Obligations* (2013), 31.

⁸ Si veda per es. J.D. GÓMEZ-ALLER, *Omissions* (2008), 444. Per la spiegazione della distinzione fra omissione propria e impropria, si veda *infra*, sez. II.

Pertanto, *rispetto all'interesse giuridico violato o al danno cagionato*⁹, è irrilevante se il risultato è stato provocato da un'azione o da un'omissione, sempre che sia stato «causato» o «commesso» in senso normativo¹⁰: è il caso in cui l'omittente aveva la possibilità materiale di intervenire¹¹ e ha preso consapevolmente la decisione di non farlo, accettando in tal modo la possibilità del verificarsi dell'evento dannoso¹². In altre parole, da un punto di vista normativo ci sono eventi che possono essere visti come il prodotto di omissioni, nella misura in cui la non realizzazione di una condotta cagioni un danno ad interessi giuridicamente rilevanti¹³. Di conseguenza, la responsabilità penale non si fonda su un'azione, ma su un complesso comportamentale che comprende sia azioni che omissioni¹⁴. La rilevanza della distinzione si limita, pertanto, alla questione di come si manifesta, se in forma attiva od omissiva, la condotta dell'agente allorché concettualizziamo la sua responsabilità¹⁵, fermo restando che in entrambi i casi può aversi responsabilità penale.

⁹Riguardo ai concetti di *harm* e *Rechtsgut* in una prospettiva comparata, cfr. K. AMBOS, *Function* (2015), 301-29.

¹⁰Non tratteremo qui della complessa questione della causalità ipotetica o negativa, secondo cui può dirsi che l'assenza di un atto (il mancato adempimento del relativo dovere di agire) ha «causato» l'evento dannoso dato che l'intervento attivo (l'adempimento di questo dovere) lo avrebbe impedito (cioè l'evento non si sarebbe prodotto se non fosse stato per tale omissione). Infatti, il concetto naturalistico sottostante di causalità era stato già sostituito da un concetto normativo alla fine del XIX secolo (cfr. H.-H. JESCHECK, *Unterlassungsdelikte* (1965), 115-6). Da un punto di vista normativo, si deve verificare – in linea con la teoria dell'imputazione oggettiva – se l'evento dannoso è stato prodotto dalla mancata attivazione dell'omittente e se pertanto gli può essere imputato. Si vedano inoltre, per ulteriori indicazioni, R.A. DUFF, *Answering* (2007), 111; A.P. SIMESTER ET AL., *Criminal law* (2016), 82-3, 111-2; J. HORDER, *Principles* (2016), 129-30; per un test più restrittivo *Law Commission, Criminal Code*, 1989, 51, art. (clause) 17(1)(b) (causare un evento come omissione «della realizzazione di un atto che potrebbe impedire che accada ...»; corsivo aggiunto); in senso critico anche D.C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 57; contro ogni «vera» causalità, ma a favore di un'imputazione oggettiva «doppia», D.M. LUZÓN PEÑA, *Kausalität* (2018), 520 ss.; per un approccio normativo, anche J.D. GÓMEZ-ALLER, *Omissions* (2018), 429-30, 444; da una prospettiva internazionale anche R. KOLB, *Droit* (2013), 195, 202-203 («*imputation par le droit*», «*considérations normatives*»).

¹¹Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 31, nm. 8-15; T. WEIGEND, § 13 (2007), nm. 4, 65; per una «difesa della impossibilità» da una prospettiva di *common law*, A.P. SIMESTER ET AL., *Criminal Law* (2016), 122-4.

¹²Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 31, nm. 3 (argomentando che ad essere realmente decisiva è la decisione dell'agente di ledere un certo bene giuridico, indipendentemente dalla natura della condotta).

¹³Cfr. A. ASHWORTH, *Principles* (2013), 111-2; J. HORDER, *Principles* (2016), 129-30.

¹⁴Si veda anche la definizione del MPC in § 2.01(1) MPC: «condotta» comprende «azione» ed «omissione».

¹⁵Così C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 31, nm. 69 ss.; T. WEIGEND, § 13 (2007) nm. 5 ss.; C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 57-61; nonché J. HORDER, *Principles* (2016), 117-8; A.P. SIMESTER ET AL., *Criminal Law* (2016), 83-4.

La prospettiva può cambiare se dirigiamo la nostra attenzione all'*agente responsabile* piuttosto che all'evento dannoso. Normalmente non trattiamo l'azione come qualcosa di equivalente alla non-azione. Infatti, il nostro intuito morale distingue fra esse¹⁶. Perciò, una persona che realizza un fatto illecito attivamente – per esempio, uccide qualcuno sparandogli – generalmente ci pare più meritevole di biasimo rispetto a una persona che lascia semplicemente che una morte avvenga – per esempio non interviene per impedire che un'altra persona anneghi.

Ho già espresso questo disequilibrio in precedenza, aggiungendo la parola «solo» tra parentesi: nella seconda alternativa del nostro esempio, A ha *solo* omesso di agire. Tuttavia, un esame più attento della distinzione azione/omissione *prima facie* intuitivamente convincente rivela che molte delle sue apparenti implicazioni sono erranee. Si prenda, per esempio, l'argomento già discusso in precedenza in chiave critica, secondo cui le azioni e le omissioni sono differenti: benché secondo una prospettiva naturalistica ciò sia certo, non implica però la conclusione normativa per cui le omissioni non sono mai moralmente sbagliate *per se*, o almeno meno sbagliate delle azioni¹⁷. Naturalmente è vero che lasciar morire qualcuno è un illecito più grave che schiaffeggiare qualcuno. Tuttavia, ciò che fonda il giudizio normativo riguardo a questi due tipi di condotta non è la loro forma, come azione od omissione, ma la gravità del danno che ne deriva. Se il danno fosse identico – comparando per esempio la condotta di sparare a qualcuno con esito letale con quella di lasciarlo annegare – e l'omittente si trovasse nella situazione di essere obbligato ad impedire tale danno, il nostro giudizio normativo sulla illiceità delle due classi di condotta dovrebbe essere il medesimo. In altre parole, la differenza rilevante non sta nella distinzione naturalistica fra azione ed omissione, ma nello *status* normativo del tipo di condotta che consideriamo¹⁸, e nella gravità del danno da essa causato¹⁹. Inoltre, anche se si vuole sostenere che l'autore della condotta omissiva è meno responsabile/colpevole dell'autore della corrispondente condotta attiva, sarà pur sempre responsabile/colpevole, quantunque in un grado minore, secondario²⁰, specie nei casi di semplice mancata salvezza (che verranno analizzati più dettagliatamente in seguito).

¹⁶ Si veda, per una discussione critica, A.P. SIMESTER, *Theory* (1995), 311 e 321 ss.; contro la tesi dell'equivalenza anche R.A. DUFF, *Answering* (2007), 113-4 e A. ASHWORTH, *Obligations* (2013), 31, 78.

¹⁷ Contro il «richiamo al significato morale» si veda J. FEINBERG, *Harm* (1984), 166-72, 186.

¹⁸ V. TADROS, *Responsibility*, (2005), 188-90, 208.

¹⁹ J. FEINBERG, *Harm* (1984), 140.

²⁰ Cfr. V. TADROS, *Responsibility*, (2005), 196, che parla di «una responsabilità secondaria piuttosto che primaria».

II. *Due forme di omissione: omissione pura e commissione mediante omissione.*
– Dalle considerazioni fatte finora consegue che i reati omissivi possono apparire in due diverse forme: come una fattispecie di reato della parte speciale del codice penale (dunque, specifici reati, tipicamente formulati) che rende punibili certe omissioni, o come commissione per omissione, in base ad una norma di parte generale²¹. Nel primo caso si crea un reato autonomo di pura omissione (*délit de pure omission*²² *echtes Unterlassungsdelikt*); la classica omissione di soccorso – l’astenersi dall’aiutare altre persone in condizioni di bisogno in determinate circostanze – è forse l’esempio più rilevante della categoria dell’omissione pura²³, benché non sia assolutamente l’unico²⁴.

Nel caso della commissione mediante omissione, una disposizione della parte generale²⁵ definisce i requisiti in presenza dei quali i delitti fondati su una condotta attiva possono essere commessi mediante un’omissione che causa un evento, ovvero omettendo di impedire un evento (reato omissivo improprio o inautentico, *délit de commission par omission, unechtes Unterlassungsdelikt*).

Questa classe di omissioni può essere intesa come l’altra faccia della condotta attiva (per esempio, uccidere, aggredire, ecc., mediante un’azione o un’omissione)²⁶. Nell’essenza, al di là della distinzione formale fra queste due forme di omis-

²¹ Su queste basi, specialmente A. KAUFMANN, *Gleichstellung* (1961), 173-5, ha affermato che i reati di omissione tipicizzati sono sempre scritti (codicati nella parte speciale), mentre i reati commissivi mediante omissione sono non-scritti, benché non come forme di commissione (rovesciata/negativa), ma come *delicta sui generis*.

²² Talvolta chiamati anche «*délits d’omission simple*» o «*vraies infractions d’omission*», si veda per esempio J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, (2016), 76.

²³ Si veda, per esempio, l’articolo 223-6 del codice penale francese («*Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l’intégrité corporelle de la personne s’abstient volontairement de le faire est puni ... Sera puni ... quiconque s’abstient volontairement de porter à une personne en péril l’assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours*») e il § 323c del codice penale tedesco («*Chiunque, in occasione di incidenti o di comune pericolo o di un’emergenza, non presta soccorso, sebbene ciò sia indispensabile e da lui esigibile in base alle circostanze ed in particolare possibile senza un rilevante pericolo per sé e senza violazione di altri importanti obblighi, è punito con la pena detentiva fino a un anno o con la pena pecuniaria*). Si vedano che l’art. 195 del codice penale spagnolo (*De la omisión del deber de socorro*), l’articolo 593 del codice penale italiano (*Omissione di soccorso*) e l’articolo 162 § 1 del codice penale polacco («*Kodeksu Karnego*»). Per un panorama generale si possono consultare H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 137-8 e R. WITTMANN, *Hilfeleistung* (2017), 367-9.

²⁴ Si vedano, per esempio, i reati omissivi propri delineati dai §§ 123, 138 e 142 del codice penale tedesco, ed anche J.D. GÓMEZ-ALLER, *Omissions* (2008), 426-9.

²⁵ Si noti che ci sono anche disposizioni di parte speciale che incriminano eventi causati da un’omissione: è il caso del § 225(1) del codice penale tedesco (recare danno a una persona non adempiendo per negligenza a uno speciale obbligo di protezione).

²⁶ Per questa teoria del rovescio si veda C.F. STUCKENBERG, *Causation* (2014), 479; in precedenza, già R. SCHMITT, *Unterlassungsdelikte* (1959), 432-3; H.-H. JESCHECK, *Probleme des*

sione, la differenza vera riguarda l'oggetto dell'attribuzione (*imputatio*): mentre nel caso dell'omissione impropria l'agente è ritenuto responsabile per l'evento non impedito (per esempio, per non avere impedito la morte del proprio figlio), nel caso dell'omissione propria l'agente è ritenuto responsabile per non avere realizzato la condotta socialmente attesa e legalmente codificata (per esempio, aiutare una persona in situazione di bisogno)²⁷, sul fondamento di non avere adempiuto al livello di diligenza o cura socialmente pretesi²⁸.

Mentre questa doppia distinzione prevale, nonostante qualche controversia²⁹, nelle giurisdizioni di diritto continentale³⁰, nelle giurisdizioni di *common law* è in genere riconosciuta³¹, ma non accettata completamente. In realtà, molti autori di *common law* non distinguono chiaramente fra reati omissivi impropri e propri secondo lo schema riportato sopra³², ciò che probabilmente ha a che vedere con la

unechten Unterlassungsdelikts (1993), 120-1; ma si veda anche, in senso critico, A. KAUFMANN, *Dogmatik* (1959), 241 ss.

²⁷ Così per esempio A. KAUFMANN, *Gleichstellung* (1961), 173; R. HARZER, *Situation* (1999), 84, 88, 192 ss., che parla di una tendenza/di un dovere di impedire il pericolo conseguente; K. KUHL, *Solidaritätsbegriffs* (2013), 96.

²⁸ Per la classica distinzione tra il dovere di impedire un evento dannoso e il dovere di realizzare una certa condotta, cfr. H.-H. JESCHECK, *Unterlassungsdelikte* (1965), 122 (con riferimenti comparatistici); ID., *Probleme des Unterlassungsdelikts*, (1993), 118-9; per una discussione critica delle varie teorie delimitative cfr. R.D. HERZBERG, *Unterlassung* (1972), 21 ss. e M. KAHLO, *Pflichtwidrigkeitszusammenhangs* (1990), 2 ss.

²⁹ Così, per esempio, la giustapposizione tedesca «proprio-improprio» è stata criticata: (cfr. E. SCHMIDHÄUSER, *Unterlassensbegriffe* (2001), 761; R. HARZER, *Situation* (1999), 83-4; T. WEIGEND, § 13 (2007), nm. 16; G. FREUND, § 13 (2017), nm. 60; critico anche G.P. FLETCHER, *Rethinking* (1978) 422, n. 8, ma almeno la qualifica come «impropria» può essere ragionevolmente intesa come commissione mediante omissione nell'ambito del § 13 del codice tedesco (così in conclusione anche T. WEIGEND, § 13 (2007), nm. 60).

³⁰ Riguardo ai sistemi germanofoni, vedi C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 31, nm. 16 ss.; H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Strafrechts* (1996), 605-8; rispetto alla Francia, si veda J. PRADEL, *Droit pénal général* (2016), 346-7 (ma si noti che la responsabilità per commissione mediante omissione qui non è riconosciuta: si veda, sotto, nota ⁴⁸); per i sistemi spanofoni, si vedano F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho* (2015), 254 ss.; S. MIR PUIG, *Derecho* (2016), 321 ss.; per i sistemi lusofoni si veda J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito* (2007), 913; per l'Italia D. PULITANÒ, *Diritto* (2017), 205 ss.; da un punto di vista comparatistico, si può vedere J. PRADEL, *Droit pénal comparé* (2016), 76-8; nella prospettiva del diritto penale internazionale M. DUTTWILER, *Liability* (2006), 4 ss. Per una terza categoria, di «omissioni di media gravità» o «pure omissioni di uno speciale dovere di agire», J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Omisión*, (2000), 153 ss.; ID., *Dreiteilung* (2011), 641 ss., e in sostanza anche J.D. GÓMEZ-ALLER, *Omissions* (2008), 421-2, 446-51.

³¹ Così G.P. FLETCHER, *Irrelevance* (2004), 447 ss.; ID., *Rethinking* (1978), 422; ID., *Concepts* (1998), 46; R.A. DUFF, *Answering* (2007), 108; conc. M. ALLEN, *Textbook* (2017), 40; D. C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 46 ss.; P.H. ROBINSON, *Liability* (1984), 101-2, e A. ASHWORTH, *Liability* (1989), 433, il quale introduce una terza categoria intermedia, dei «reati ibridi di azione-omissione» (esemplificati dalla guida senza patente).

³² Si veda per esempio S.H. KADISH, S.J. SCHULHOFER, C.S. STEIKER, *Criminal Law* (2012),

rilevante assenza di questi ultimi, specialmente dei reati di omissione di soccorso³³. In ogni caso, dalla prospettiva tradizionale della *common law*, il dibattito ruota intorno alla fissazione di un dovere di agire, che sembra essere visto come un'eccezione alla regola generale di una «assenza di obbligo», in base alla quale viene rifiutata una responsabilità generale in caso di mancata attivazione³⁴. Al più, una distinzione tra illecità e colpevolezza potrebbe implicare differenti livelli di pena, prevedendo una sanzione più lieve per la mera omissione di soccorso³⁵.

Nel caso di un reato di omissione propria, l'agente è ritenuto responsabile per avere realizzato la condotta che è definita nella fattispecie tipica. In altre parole, la responsabilità, a tale riguardo, deriva dalla già menzionata fattispecie generale di omissione di soccorso³⁶.

Questo tipo di fattispecie è ben conosciuto nei moderni ordinamenti di *civil law*³⁷, ma è tradizionalmente rigettato dalle giurisdizioni di *common law*³⁸, specialmente in Inghilterra³⁹, ed anche – ciò che è abbastanza sorprendente, vista la forte influenza del diritto tedesco in quei paesi – in Cina e Giappone⁴⁰. Il ricorso alla parabola del Buon Samaritano⁴¹ evidenzia il sottofondo religioso e moralistico della discussione: mentre il sacerdote e il Levita non assistono chi si trova in stato di bisogno, il Samaritano adempie all'obbligo morale e forse anche giuridico (in

227 (in cui si discute se l'imputato nella causa Pope possa essere condannato per omicidio criminale sul fondamento della disposizione del Cattivo Samaritano, equiparando in tal modo un mero reato di omissione di soccorso e una commissione mediante omissione); ma a favore di una norma del Buon Samaritano si vedano ora S.H. KADISH, S.J. SCHULHOFER, C.S. STEIKER, *Criminal Law* (2017), 243-4 e J.C. KLOTTER, J.M. POLLOCK, *Criminal Law* (2013), 51 (ragionando entrambi sugli obblighi scaturenti da norme giuridiche).

³³ Vedi sotto, nota ⁴³.

³⁴ Sul tradizionale rapporto regola-eccezione, si vedano M.J. STEWART, *Failure* (1998), 393-4; A.P. SIMESTER ET AL., *Criminal Law* (2016), 73-4.

³⁵ Così A. ASHWORTH, *Obligations*, (2013), 37, 69-73, distinguendo fra cinque livelli di criminalizzazione.

³⁶ Su altre fattispecie omissive proprie, in Germania, si vedano N. BOSCH, J. EISELE, *Vorbermerkung* (2019), nm. 134; per la Francia, J. LEROY, *Général* (2010), 185-6 (che ne menziona sei nel codice penale, ovvero gli artt. 223-6 (1), (2), 223-7, 227-5, 434-1 e 434-11); alcuni, come B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit* (2016), 103, ne individuano anche altre come l'art. 434-3; per Inghilterra e Galles, si veda per esempio M. ALLEN, *Textbook* (2017), 40-1; riguardo agli USA, M.J. STEWART, *Failure* (1998), 406 ss.

³⁷ H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 137-8; R. WITTMANN, *Hilfeleistung* (2017), 367-9.

³⁸ Cfr. F.J.M. FELDRUGGE, *Samaritans* (1965), 630 ss.; M.J. STEWART, *Failure* (1998), 387-8, 392-4, 407; D. SCHIFF, *Samaritans* (2005), 77 ss. (con un'analisi comparativa del diritto tedesco, francese, spagnolo e italiano, fra gli altri); si vedano anche S.H. KADISH, S.J. SCHULHOFER, C.S. STEIKER, *Criminal Law* (2017), 238-45; J. KAPLAN, R. WEISBERG, G. BINDER, *Criminal Law* (2017), 128.

³⁹ Cfr. A. ASHWORTH, *Obligations* (2013), 39-40; ID., *Liability* (1989), 424-30; ID., *Rettungspflicht* (2013), 115 ss.

⁴⁰ R. WITTMANN, *Hilfeleistung* (2017), 363-5.

⁴¹ Il termine rinvia alla parabola contenuta nel Vangelo di Luca, 10-25, 30-4.

conformità con la legge o la giurisprudenza) di soccorrere⁴². In ogni caso, la codificazione, in via eccezionale, della norma del Buon Samaritano in alcuni ordinamenti statali degli USA⁴³, da un lato, e la critica di principio contro questo tipo di responsabilità penale da parte di alcuni autori che operano in ordinamenti di *civil law*, dall'altro, dimostrano che la discussione è lungi dal concludersi. Infatti, come si vedrà nella sezione finale di questo lavoro, i presupposti normativi sottostanti a entrambi i punti di vista hanno molto in comune e questa coincidenza è trasversale rispetto ai confini delle giurisdizioni.

Al contrario, la responsabilità per *reati omissivi impropri*, basati su una definizione generale di omissione⁴⁴, deriva dalla presenza di reati commissivi di evento, come loro rovescio, e pertanto risulta meglio intesa sotto il concetto dianzi menzionato di *commission par omission*. Questi reati possono essere correttamente denominati come «reati impropri di omissione», poiché, come si è già evidenziato, sono puniti come commissioni piuttosto che come omissioni, ovvero come l'altra

⁴²Curiosamente, i reati comuni di omissione di soccorso vengono etichettati talvolta come disposizioni del Cattivo Samaritano, altre volte come norme del Buon Samaritano (per le prime, si veda, per esempio, J. FEINBERG, *Harm* (1984), 185; per le seconde J.D. GÓMEZ, ALLER, *Omissions* (2008), 421). Preferisco il primo termine, poiché queste disposizioni penali determinano la punizione della persona che non si adegua allo standard del Buon Samaritano, cioè il Cattivo Samaritano. Inoltre, il termine «disposizione del Cattivo Samaritano» è meno ambigua poiché le leggi del Buon Samaritano possono anche essere disposizioni che escludono o limitano la responsabilità per danni civili causati mentre si presta l'aiuto nella situazione di emergenza: si veda per esempio il § 2305.23 della legge del buon Samaritano dell'Ohio o la sez. 2 della legge del buon Samaritano dell'Ontario del 2001.

⁴³Secondo D. SCHIFF, *Samaritans* (2005), 92 ss., cinque giurisdizioni degli USA hanno leggi del «Cattivo Samaritano»: si vedano per esempio in Wisconsin, la sez. 940.34 *Wisconsin Statute & Annotations* o, in Minnesota, la sez. 604A.01 *Minnesota Statute & Annotations*; S. H. KADISH, S. J. SCHULHOFER, C. S. STEIKER, *Criminal Law* (2017), 242-3, parlano di sei giurisdizioni con reati minori; si veda anche J. C. KLOTTER, J. M. POLLOCK, *Criminal Law* (2013), 51-2. In Canada non ci sono disposizioni del «Cattivo Samaritano» nel codice penale federale; tuttavia, la sez. 2 della Carta dei Diritti Umani e delle Libertà del Quebec fissa un «diritto all'assistenza». Inoltre, la Commissione canadese per la Riforma del Diritto raccomanda l'introduzione di una fattispecie di «soccorso facile» o nella parte generale o nella parte speciale. In Australia, solo la sez. 155 del codice penale del *Northern Territory* contempla una norma del «Cattivo Samaritano».

⁴⁴§ 13 del codice penale tedesco: «Chi omette di impedire un evento previsto dalla fattispecie di una norma penale è punibile secondo questa norma solo se è giuridicamente obbligato ad impedire il verificarsi dell'evento e se l'omissione corrisponde alla realizzazione della fattispecie legale mediante una condotta attiva»; disposizioni corrispondenti sono l'art. 11 del codice spagnolo, l'art. 40(2) di quello italiano, l'art. 2 di quello austriaco, l'art. 2 di quello polacco, l'art. 10(2) di quello portoghese e l'art. 18 di quello coreano (per ulteriori esempi M. DUTTWILER, *Liability* (2006), 39-41, 43-5, con richiami alla Sharia islamica a p. 42). Tuttavia, in alcuni paesi continentali questi casi sono trattati sul piano della responsabilità per condotta colposa, come per esempio in Cile (art. 492 c.p., sul quale si veda I. POLITOFF, E. KOOPMANS, J.B. RAMÍREZ, *Chile*, (1999), 78 ss.), probabilmente a causa dell'influsso francese (si veda, *infra*, nota ⁶³).

faccia del reato commissivo. L'agente è ritenuto responsabile per l'evento dannoso che non ha impedito. Un classico esempio è quello discusso sopra: se A lasciasse annegare B sarebbe responsabile di omicidio per omissione se fosse suo padre, cioè se si trovasse in una posizione di garanzia (protezione) verso la sua vita (ammessa l'esistenza delle altre condizioni per la responsabilità, specie la ragionevole possibilità di salvare quella vita).

È importante specificare, tuttavia, che questo tipo di responsabilità omissiva non è esente da obiezioni. Nelle giurisdizioni di *common law*, a causa della distinzione morale fra azione ed omissione⁴⁵, essa è essenzialmente confinata ai classici reati di evento contro la vita e l'integrità fisica (causanti un danno particolarmente grave)⁴⁶. Ma anche negli ordinamenti di *civil law* questa responsabilità non gode di un appoggio senza riserve. Per esempio, nel diritto francese si propende per una concezione restrittiva del principio di legalità, in particolare delle sue componenti della *lex certa* e della *lex stricta* (divieto di analogia), che sono difficilmente conciliabili con una definizione generale di omissione, al fine di limitare la responsabilità per reati commissivi mediante omissione⁴⁷. Questa impostazione è adottata anche in Belgio⁴⁸, in alcune ex colonie africane della Francia e del Belgio⁴⁹ e anche da alcuni importanti studiosi tedeschi⁵⁰. Curiosamente, tuttavia, nel diritto consuetudinario francese (*ancien droit*) una responsabilità generale per omissione era riconosciuta, benché fosse ispirata da fattori religiosi, nel caso di chi avesse l'opportunità di impedire il verificarsi dell'evento dannoso («*Qui peut et n'empêche, pêche*»)⁵¹; in altre parole, il fatto di non prevenire l'evento dannoso – nel senso di un reato di omissione impropria – era il fondamento della responsabilità criminale. Nonostante ciò, il codice penale del 1810 non adottò questa regola⁵² e questo rimane lo stato della situazione legislativa anche oggi. Benché si riconosca ampiamente – probabilmente dal famoso caso della «donna rinchiusa» di Poi-

⁴⁵ Vedi *supra*, alla nota ¹⁶ e testo principale.

⁴⁶ Cfr. D.C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 48-51; sulla controversia riguardo all'aggressione mediante omissione *Ivi*, 77; ed anche J. C. SMITH, *Liability* (1984), 98-100; A.P. SIMESTER ET AL., *Criminal Law* (2016), 81.

⁴⁷ Cfr. J. PRADEL, *Droit pénal général* (2016), 346 («interpretazione stretta», artt. 111-4 Code Pénal); H.-H. JESCHECK, *Unterlassungsdelikte* (1965), 130-1; H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikte* (2017), 41 ss.

⁴⁸ Cfr. C. HENNAU, J. VERHAEGEN, *Droit* (2003), 156; in precedenza H.-H. JESCHECK, *Unterlassungsdelikte* (1965), 130 ss.

⁴⁹ M. DUTTWILER, *Liability* (2006), 41.

⁵⁰ A. KAUFMANN, *Gleichstellung* (1961), 175-6.

⁵¹ «Chi può ma non impedisce commette peccato», come affermato da Antoine LOYSEL (1536-1617). Si veda B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit* (2016), 212, 231; ma il passo è citato anche da M. DUTTWILER, *Liability* (2006), 37 e da H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikte* (2017), 41.

⁵² P. BOUZAT, J. PINATEL, *Criminologie* (1963), 122.

tiers⁵³ – che nel caso di un danno grave la *commission par omission* meriti un rimprovero *morale*, allo stesso tempo esiste un consenso generalizzato sul fatto che la responsabilità *penale* possa sorgere solo se il legislatore determina con precisione la condotta che deve essere tenuta in considerazione ai fini della responsabilità per omissione. Ciò sembra puntare nella direzione di ammettere reati omissivi propri, con esclusione di quelli impropri⁵⁴.

Ad ogni modo, l'approccio francese sembra presentare maggiore certezza rispetto all'incertezza generata da una regola generale sull'omissione impropria come quella del § 13 del codice penale tedesco, in particolare riguardo allo scopo specifico degli obblighi di garanzia (su cui si tornerà più dettagliatamente in seguito)⁵⁵. Così, Bouzat e Pinatel accentuano la distinzione tra un giudizio morale e la responsabilità penale dell'omittente e sostengono, in particolare, che la prova della necessaria *intention mauvaise* sarebbe di frequente molto *délicate*, un modo per dire che sarebbe troppo difficile da ottenere⁵⁶. In una linea più filosofica, Desportes e Le Gunehec sostengono che l'approccio francese si basa su una *conception individualiste*, secondo la quale la decisione di intervenire con finalità salvifiche è una questione di coscienza altamente personale, che non può essere assoggettata a una regolamentazione giuridica⁵⁷. Nello stesso senso, Bouloc e Matsopoulou avvertono che punire ogni mancato intervento volontario e colpevole porrebbe in pericolo la *liberté individuelle*, poiché non sarebbe possibile tracciare con facilità una linea distintiva chiara tra inazione legale e illegale⁵⁸. Questo ci porta di nuovo alla «visione convenzionale» della *common law* tradizionale (che rigetta una responsabilità generale per l'omissione di soccorso)⁵⁹, ma lascia senza risposta la questione del motivo per cui il diritto francese contiene allora una disposizione del «Cattivo Samaritano» come quella dell'art. 223-6 del codice penale⁶⁰. Inoltre,

⁵³ In questo caso del 1901, una madre aveva sequestrato e rinchiuso in una camera la figlia per 24 anni. Il fratello, che visitava con frequenza la casa, fu accusato di lesioni personali per non avere impedito alla madre di proseguire i maltrattamenti verso la sorella. Non poté tuttavia essere condannato per commissione mediante omissione data la mancanza di una regola generale sulla responsabilità omissiva (si vedano B. SCHMIDT-KUNZEL, *Unterlassungsdelikte* (1971), 136 ss. e J. BELL, S. BOYRON, S. WHITTAKER, *Principles* (2008), 215; nella letteratura si veda A. GIDE, *La Séquestrée* (1930).

⁵⁴ Così per esempio Y. MAYAUD, *Droit*, (2018), 207.

⁵⁵ Per un riassunto delle critiche, si veda J.D. GÓMEZ-ALLER, *Omissions* (2008), 426-9.

⁵⁶ P. BOUZAT, J. PINATEL, *Criminologie*, (1963), 122.

⁵⁷ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit* (2009), 398.

⁵⁸ B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit* (2016), 103 ss.

⁵⁹ Si veda, *supra*, nota ³⁹ e testo principale.

⁶⁰ L'art. 223-6 c.p. contiene due commi, che distinguono tra l'omesso impedimento di un reato contro l'integrità fisica di una persona e l'omesso soccorso a una persona in pericolo. Si vedano anche l'art. 223-5 (che prevede il fatto di chi ostacola l'aiuto a una persona in pericolo) e l'art. 223-7 (mancata assunzione di misure contro un disastro naturale, ponendo in pericolo più persone); sul punto D. REBUT, *Omissions* (2017), nn. 16.

mentre la concezione legalista e individualista del diritto francese conduce al risultato che la commissione mediante omissione intenzionale in sé non è punibile, la relativa condotta è invece coperta da una responsabilità generale per l'evento colposo⁶¹ o da uno dei diversi reati omissivi propri previsti nello stesso codice⁶². Così, per esempio, il nostro caso di omicidio per omissione ricadrebbe nell'ambito della fattispecie di omissione di soccorso⁶³.

III. *Commissione mediante omissione: l'obbligo di agire e il suo fondamento.* – La supposta differenza morale tra azione ed omissione è la ragione per cui la responsabilità omissiva dipende sempre da un obbligo giuridico di agire che, a sua volta, si basa su un'aspettativa normativa pre-giuridica. In altre parole, un'aspettativa normativa pre-esistente si converte in un obbligo giuridico. Questo è vero, in principio, sia per i reati omissivi propri che per quelli impropri, ma in quest'ultimo caso l'equivalenza rispetto alla corrispondente condotta attiva e l'imputazione dell'evento dannoso non impedito necessitano di un dovere giuridico di agire particolarmente esigente, che si esprime come *Garantenpflicht*, *deber de garante* o *obbligo di garanzia* in importanti ordinamenti non anglofoni⁶⁴. La persona che ha un tale dovere può essere chiamata *Garant* in tedesco, *garante* in italiano e spagnolo: essa assume la rispettiva posizione (*Garantenstellung*, *posición de garante*, *posizione di garanzia*), che in qualche modo rappresenta l'altra faccia del relativo dovere.

Mentre il fondamento filosofico e teorico di un tale obbligo di agire costituisce probabilmente la questione più difficile e controversa della cosiddetta parte gene-

⁶¹ Nel caso di condotta colposa, azione ed omissione sono trattate allo stesso modo e importa solo l'evento dannoso: cfr. M. VÉRON, *Droit* (2015), 96; Y. MAYAUD, *Droit* (2018), 207-8 ed anche M. DUTTWILER, *Liability* (2006), 38. Ciò corrisponde anche al diritto canadese: v. *infra* a nota ⁹⁰.

⁶² Cfr. J. PRADEL, *Général* (2017), 345-7; F. DEBOVE, F. FALLETTI, *Précis* (2016), 115-6; C. ELLIOT, *French* (2001), 61; H.-H. JESCHECK, *Unterlassungsdelikte* (1965), 144-6; ID., *Probleme des Unterlassungsdelikts*, 116; H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikt* (2017), *op. cit.*, 151-2 (con la dimostrazione che la responsabilità per omesso soccorso assume in parte la funzione di responsabilità per omissione impropria).

⁶³ art. 223-6 c.p., vedi *supra*, nota ³⁶; cfr. J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit* (2017), 52. Questa disposizione, tuttavia, prevede una sanzione molto più lieve di quella dell'analogo reato di omissione impropria, risultante dalla combinazione dei §§ 13 e 212.

⁶⁴ Il requisito dell'obbligo pare essere stato menzionato per primo dallo studioso tedesco P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch* (1803), § 24, 24-5, con riferimenti a C.W. WINKLER, *Dissertation* (1776): «Se un soggetto ha diritto a una certa azione a suo favore da parte di un altro soggetto, in questa misura vi è un reato di omissione. Poiché tuttavia l'obbligazione originaria del cittadino è volta solo ad ottenere una sua omissione, un reato omissivo richiede sempre una speciale ragione giuridica (per legge o per contratto) che stabilisca un obbligo di agire. Senza questa, nessuno può diventare un delinquente per omissione».

rale del diritto penale⁶⁵, è ampiamente accettato il fatto che questo obbligo speciale debba sussistere al fine di compensare la distinzione azione/omissione nei casi di omissione impropria, ovvero per assicurare la responsabilità per l'evento dannoso non impedito. Solo allora può essere giustificata l'equivalenza normativa tra la causazione attiva del danno e il mancato impedimento dello stesso danno e quest'ultimo può essere imputato al soggetto come un'omissione *punibile*. Altrimenti, la mera inazione potrebbe essere la base di una responsabilità per omissione propria⁶⁶.

1. *Obblighi di garanzia nel diritto continentale*. – La moderna dottrina, negli ordinamenti di *civil law*, fa riferimento a due differenti classi di obbligazioni come basi di un tale dovere: da un lato, esso è imposto a persone che hanno una particolare responsabilità rispetto a certe fonti di pericolo, per esempio produzioni pericolose o impianti industriali, che implica un obbligo di supervisione e messa in sicurezza di esse (*Überwachungs-/Sicherungspflicht*): si tratta cioè di «garanti-supervisorio». Dall'altro lato, il dovere si impone a persone che, a causa di una loro particolare posizione di protezione nei confronti di determinati beni giuridici, per esempio i genitori nei confronti dei figli o il funzionario di banca nei confronti della situazione dei clienti della banca, hanno un *obbligo di protezione* verso di essi (*Schutz-/Obhutspflicht*): si tratta cioè di 'garanti-protettori'⁶⁷. Questa distinzione in due classi, oltre che in Germania, è comune presso la dottrina italiana, portoghese e spagnola⁶⁸. Essa può essere rappresentata graficamente come segue:

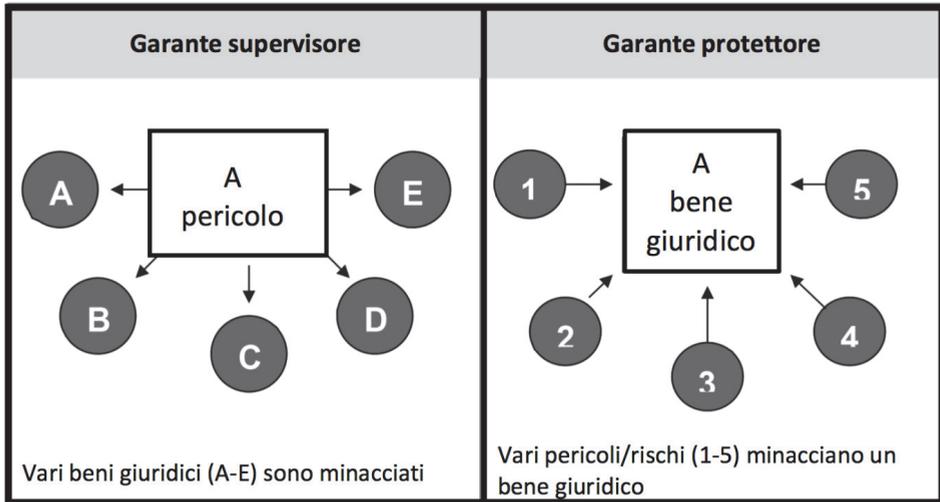
⁶⁵ C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 2, e G. JAKOBS, *Strafrecht* (1993), 799. Su una linea simile, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, L. ARROYO ZAPATERO, *Curso* (2016), 268, E. DEMETRIO CRESPO, *Tipo omisivo* (2015), 179. Riguardo alla meno elaborata dottrina anglo-americana, si veda D.N. HUSAK, *Philosophy* (1987), 83 («le omissioni, o le astensioni dall'agire, costituiscono uno dei test più sconcertanti dell'elemento dell'*actus reus*»). Per una discussione più risalente, si veda O. KIRCHHEIMER, *Criminal Omissions* (1942), 621-36.

⁶⁶ J. FEINBERG, *Harm* (1984), 161-2; A. ASHWORTH, *Liability* (1989), 434, ed anche A. CASSESE, *Liability* (2013), 180; L.C. BERSTER, *Unterlassungsverantwortlichkeit* (2008), 113; C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 31, nm. 5 ss.

⁶⁷ Questo approccio dualistico risale a A. KAUFMANN, *Dogmatik* (1959), 283-4; concorde C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 17 ss., H.-H. JESCHECK, *Probleme des Unterlassungsdelikts* (1993), 124-5, 128; in una posizione critica, invece, recentemente H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikte* (2017), 62 ss.

⁶⁸ Rispetto all'Italia, si veda M. ROMANO, *Commentario* (2004), Articolo 40, 58 ss.; D. PULITANO, *Diritto* (2017), 210 ss.; rispetto al Portogallo, si veda J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito* (2007), 938 ss.; rispetto alla Spagna, infine, F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho* (2015), 266 ss.; S. MIR PUIG, *Derecho* (2016), 328 ss.; per un approccio diverso, più normativo, si veda J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Estudios* (2004), 231-2, 247 ss.

Tabella 1



Questo approccio dualistico ha un'importante funzione classificatoria e sistematica, ma non dà conto del fondamento sottostante agli obblighi di garanzia. Per esempi, benché un padre abbia indubbiamente un obbligo giuridico di proteggere i suoi figli (una posizione di protezione), la ragione più profonda sottesa a questo obbligo è la particolare relazione di attenzione che è tipica di questo genere di rapporto familiare. Queste più profonde ragioni che giustificano gli obblighi di garanzia sono state al centro dell'attenzione della dottrina tedesca fin dall'inizio del XIX secolo, con l'invocazione, da parte di Anselm Feuerbach, di un obbligo specificamente giuridico (basato sulla legge o sul contratto)⁶⁹, operazione teorica portata a termine circa 100 anni dopo con la «scoperta» della posizione di garante da parte di Johannes Nagler⁷⁰. Da allora, una serie di teorie ha avuto origine nella dottrina tedesca⁷¹. Secondo le più plausibili teorie del dominio/controllo (*Herr-*

⁶⁹ P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch* (1803), § 24, 24-5; sulla storia della dottrina tedesca sul punto, cfr. H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikat* (2017), 13 ss.

⁷⁰ J. NAGLER, *Begehung* (1938), 59-63 (con esplicito riferimento all'omittente come «garante dell'impedimento dell'evento che è pertanto obbligato a eliminare le energie ostili al diritto»).

⁷¹ Si vedano fra gli altri G. JAKOBS, *Strafrecht* (1993), 800 ss. (doveri scaturenti da una competenza organizzativa o istituzionale) e T. WEIGEND, § 13 (2007), nm. 24 (triplice approccio: assunzione di responsabilità, creazione del pericolo e controllo su certi rischi). Per un'approfondita indagine storica sul punto, H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikat* (2017), 3 ss., 51 ss. (il quale sviluppa una tipologia di cinque classi di obblighi di garanzia: assunzione/assegnazione di certi incarichi; certe aree del traffico giuridico; responsabilità per pericoli/rischi; protezione e supervisione; una certa vicinanza comunitaria, 272 ss.). Per una più ampia rassegna K. AMBOS, *Review*, (2017), 777-81.

schaftslehren), tutti gli obblighi di garanzia hanno come punto di partenza comune che l'evento criminoso prodotto dall'omissione è imputato al garante a causa del suo controllo sul corrispondente evento pericoloso o sull'interesse protetto, ovvero per la sua *Kontrollherrschaft*⁷².

Tabella 2

| Garante supervisore | Garante protettore |
|--|--|
| (1) controllo/supervisione di fonti di pericolo nel proprio ambito di organizzazione (per esempio, titolare di una impresa) (2) responsabilità per la condotta illegale di terzi (genitori/figli, datore di lavoro/lavoratore) (3) condotta precedente (illegale) («Ingenrenz», per esempio, causare un incidente) | (1) relazioni familiari o altre relazioni di vicinanza (per esempio, genitori/figli; marito/moglie) (2) comunità di vicinanza/relazione in situazioni di emergenza/pericolo (per esempio, arrampicatori in montagna) (3) assunzione volontaria di un dovere di protezione (per esempio, protezione di bambini) (4) doveri ufficiali con fondamento in un incarico ufficiale (per esempio, la polizia) |

Tuttavia, il concetto di controllo opera solo come un principio-guida⁷³, e pertanto necessita di una determinazione più precisa⁷⁴. Questo, inevitabilmente, implica un approccio casistico in base al quale vengono sviluppati gruppi di casi che sono riconducibili o agli obblighi di protezione o agli obblighi di supervisione. Non si può qui scendere nei dettagli, rinviando ai sottogruppi riportati nella tabella 2⁷⁵.

2. *Obblighi speciali in common law*. – Il diritto inglese ha riconosciuto, alme-

⁷² Questa teoria è stata originariamente sviluppata da B. SCHÜNEMANN, *Unterlassungsdelikte* (1971), 231 ss. («dominio sul fondamento dell'evento») e, più specificamente, 294-5, 323-33 (controllo sulla fonte del pericolo, ovvero su persone che possono essere cause rilevanti dell'evento dannoso) e ancora 334-58 (controllo sulla situazione di emergenza dell'interesse tutelato o della vittima): si veda anche ID, *Garantenstellung* (2009), 313-15; nello stesso senso, essenzialmente, C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 17 ss. (dominio di protezione vs dominio di messa in sicurezza); su una linea simile, concentrandosi sul controllo su fonti di pericolo, J.D. GÓMEZ-ALLER, *Omissions* (2008), 434-43. Per un approccio critico, cfr. J. BRAMMSEN, *Garantenpflichten*, (1986), 74-6.

⁷³ Questo è stato sempre riconosciuto da C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 25, nm. 17; § 32, nm. 21, ma ciò viene spesso ignorato dai suoi critici, come per esempio da M. MAIWALD, *Unterlassungsdelikte* (1981), 480-1; J. BRAMMSEN, *Garantenpflichten*, (1986), 75-6 e M. PAWLIK, *Unrecht* (2012), 182.

⁷⁴ Per un tentativo in tal senso B. SCHÜNEMANN, *Garantenstellung* (2009), 292-302.

⁷⁵ Per una trattazione più dettagliata C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 33 ss.; T. WEIGEND, § 13, nm. 25 ss.; H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikte* (2017), 51 ss.

no dall'inizio del XIX secolo, che un'omissione può essere punibile nel caso vi fosse un dovere giuridico (per legge o per contratto) di impedire un possibile evento dannoso⁷⁶. James Stephen riaffermò il concetto dell'obbligo giuridico alla fine del XIX secolo⁷⁷ e sviluppò una serie di doveri di protezione⁷⁸. Nel caso dei doveri stabiliti per legge, le Corti inglesi adottano spesso un approccio linguistico, verificando se il dato testuale del verbo che descrive la condotta possa essere interpretato nel senso di ricomprendere anche condotte omissive⁷⁹. Tuttavia, il potenziale restrittivo di tale approccio è stato in grande misura diluito da una giurisprudenza che generalmente interpreta verbi come «distruggere», «danneggiare», «falsificare» o «ingannare» come comprensivi sia di azioni che di omissioni⁸⁰; in alcuni casi perfino il termine «atto» è stato interpretato nel senso di includervi un'omissione⁸¹. In linea con questo approccio la *Law Commission* ha proposto un'ampia definizione di «atto, ... come comprendente anche riferimenti all'omissione»⁸². Essa ha raccomandato anche una nuova redazione di alcune condotte criminose come «causanti» un evento, in modo da «lasciare completamente aperta alle Corti la possibilità di interpretare le relative previsioni (legali) in guisa tale da imporre la responsabilità per omissione»⁸³ (e in tal modo facendo un uso del termine «causare» che è incompatibile con il concetto naturalistico di causalità che è stato sopra rigettato). Riguardo alle

⁷⁶ Cfr. «Rex v. John» (1825), 20-2 (omessa somministrazione di sufficiente cibo e vestiario a un bambino apprendista accolto in casa con serie conseguenze per la sua salute come «reato perseguibile» se la persona era «obbligata a provvedervi per obbligo o per contratto, se quel bambino... è di tenera età e incapace di provvedere da sé»). Riguardo allo sviluppo storico, si veda H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikt* (2017), 33 ss.

⁷⁷ J. F. STEPHEN, *History* (1883), 10 («uccidere per omissione non è in nessun caso una condotta criminale, a meno che non vi sia un obbligo giuridico di impedire la morte»); così anche HUGHES (1857), come ripreso da J.C. SMITH, *Liability* (1984), 97 (uccisione «come diretta conseguenza dell'omissione dell'adempimento di un obbligo»).

⁷⁸ *Ibidem*, 10-1.

⁷⁹ Questa osservazione risale a G.S. WILLIAM, *Excuses* (1982), 773 (il quale esige che i verbi che implicano condotte attive non vengano estesi in chiave interpretativa fino al punto di includere condotte omissive).

⁸⁰ Si vedano J.C. SMITH, *Liability* (1984), 95 ss. facendo riferimento, tra gli altri, a «distruggere» e «danneggiare» come comprendenti la commissione mediante omissione; D.C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 48; A. ASHWORTH, *Principles* (2013), 99; J. HORDER, *Principles* (2016), 116.

⁸¹ D.C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 48.

⁸² *Law Commission, Criminal Code* (1989), p. 51, art. 16. Sui dibattiti nella *Law Commission*, si vedano W.M. LANDES, R.A. POSER, *Good Samaritans* (1978), 92 ss. e A. ASHWORTH, *Liability* (1989), 436.

⁸³ *Law Commission, Criminal Code* (1989), 188 par. 7.13. Si noti che alcune fattispecie di reato sono già redatte in questo modo, come per esempio la sez. 18 della legge sui reati contro la persona del 1861 («causare qualsiasi danno fisico grave»).

forme di omicidio per omissione, la *Law Commission* propose di sostituire il termine «*kill*» (uccidere) usato nelle definizioni normative (e considerato linguisticamente inappropriato rispetto al fine di includere anche l'omissione) con il termine «*causing death*» (causare la morte)⁸⁴. In tal modo, può essere riconosciuto «un principio secondo il quale le leggi penali dovrebbero essere interpretate come applicabili alle omissioni esattamente come alle azioni, allorché possa essere individuato un relativo dovere, a meno che il contesto non dia una diversa indicazione»⁸⁵. In altre parole, il mero ricorso a limitazioni linguistiche non può escludere la responsabilità per omissione se ci sono valide ragioni normative, come quelle riflesse in un dovere di agire, che lo esigano⁸⁶.

Negli Stati Uniti, il § 2.01(1) del *Model Penal Code* definisce la «condotta» come comprendente sia l'azione che l'omissione. La responsabilità per omissione si basa su una espressa previsione a tale effetto o su un obbligo giuridico di agire⁸⁷ e sulla corrispondente capacità di farlo⁸⁸. Questo approccio è stato adottato in vari Stati⁸⁹. Altri ordinamenti di *common law* intendono la commissione come incorporante l'omissione⁹⁰. Il codice penale canadese punisce la causazione colposa della morte per omissione mediante l'inclusione nella sua definizione di colpa penale di un'omissione nel caso di esistenza di un dovere di agire (art. 219)⁹¹ e prevedendo espressamente la morte causata con negligenza come omicidio colposo (per omissione)⁹².

Quali sono le fonti riconosciute di un dovere di agire⁹³? Prima di tutto, non

⁸⁴ *Law Commission, Criminal Code* (1989), 188 par. 7.13.

⁸⁵ A. ASHWORTH, *Liability* (1989), 438.

⁸⁶ Su una linea simile A.P. SIMESTER ET AL., *Criminal Law* (2016), 82 (le convenzioni linguistiche che non riflettono distinzioni o principi morali fondamentali non dovrebbero in linea di principio prevalere sulla possibilità di una responsabilità per omissione. Si veda però R. v Lowe [1973] Q.B. 702 Court of Appeal, secondo cui l'omicidio di primo grado per mezzo di un atto illegale non può essere commesso per omissione.

⁸⁷ La sez. 2.01(3) MPC fa riferimento (a) all'«omissione espressamente reputata sufficiente dalla norma che definisce il reato» o (b) all'«obbligo di realizzare l'azione omessa».

⁸⁸ M. DUTTWILER, *Liability* (2006), 34.

⁸⁹ Si vedano per esempio il § 18-109 del codice dell'Idaho (che definisce il reato come «un atto commesso od *omesso* in violazione di una norma giuridica che lo vieta o lo comanda» (corsivo aggiunto) o il § 702(203) degli Hawaii Revised Statutes (che riprende il § 2.01(3) del MPC. Per ulteriori esempi e osservazioni, P.H. ROBINSON, *Liability* (1984), 101 e 103-5 e M. DUTTWILER, *Liability* (2006), 33-4.

⁹⁰ Si vedano per il Canada la Sez. 21 del codice penale (è partecipe in un reato «chiunque ... (b) fa od *omette di fare* qualcosa» (corsivo aggiunto) e la Sez. 24 (riguardo al tentativo, esso comprende l'intento di omettere qualcosa). Analogamente, per la Nigeria, nel cap. 77, parte 1, § 2 sez. 7 del codice penale, in riferimento al concorso nel reato. Per ulteriori esempi, si veda M. DUTTWILER, *Liability* (2006), 34-5.

⁹¹ In questo caso, «dovere» significa «un dovere giuridicamente imposto».

⁹² Sez. 222(5) in combinazione con Sez. 234.

⁹³ Per un buon compendio del diritto inglese, si veda A. ASHWORTH, *Liability* (1989), 439

sorprende che una delle fonti primarie sia la *common law*, ovvero le vecchie dottrine consuetudinarie che possono essere invocate dalle Corti per giungere a certi risultati. Così, nel caso inglese *Dytham*⁹⁴, un agente di polizia fu condannato per condotta impropria di un ufficiale di giustizia (*misconduct of an officer of justice*) per non essere intervenuto a proteggere la pace della Regina e, più concretamente, per non avere impedito che una persona fosse uccisa da un buttafuori. Il relativo obbligo era imposto dalla *common law* ad ogni funzionario di polizia⁹⁵.

Naturalmente, tali obblighi non scritti, di matrice giurisprudenziale, sono difficili da prevedere per i cittadini, e di conseguenza sono criticati alla luce del principio di legalità⁹⁶. Ma in ogni caso la medesima critica può essere rivolta ai molti obblighi vaghi e incerti riconosciuti sia negli ordinamenti di *common law* che di *civil law*⁹⁷.

Andando al di là di queste fonti non scritte, l'approccio originario nel caso *Jones* negli Stati Uniti fu piuttosto formalistico: furono invocate quattro fonti (legge, contratto, relazione speciale e assunzione volontaria di cura)⁹⁸, che hanno tutte base legislativa o contrattuale, con un'origine parziale nella *common law*; questo approccio ci ricorda la vecchia teoria tedesca formale degli obblighi giuridici (*formelle Rechtspflichtenlehre*) che ha dominato il dibattito (germanizzato) di *civil law* all'inizio del XX secolo⁹⁹. In conseguenza di sviluppi successivi, quella lista fu estesa per includervi un obbligo di agire se una persona mette in moto una catena di eventi che pone in pericolo beni giuridici rilevanti, come la vita, l'integrità fisica

ss.; ID., *Positive Obligations* (2013), 42 ss. (con un approccio leggermente differente); D.C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 51-6; M. ALLEN, *Textbook* (2017), 42-7; A.P. SIMESTER ET AL., *Criminal Law* (2016), 75 ss.; per gli USA, si veda P. H. ROBINSON, *Liability* (1984), 111-8 (con un panorama ampio della giurisprudenza relativa a Inghilterra e USA); M.J. STEWART, *Failure* (1998), 393 ss.; S.H. KADISH, S.J. SCHULHOFER, C.S. STEIKER, *Criminal Law* (2017), 245-51; per il Canada, si veda M. MANNING, A.W. MEWETT, P. SANKOFF, *Criminal Law* (2009), 116 e ss; più succintamente K. ROACH, *Criminal Law* (2018), 128-30; nonché K. ROACH ET AL., *Criminal Law* (2010), 317 ss.; E. COLVIN, S.S. ANAND, *Principles* (2007), 141-6.

⁹⁴ R v Dytham [1979] QB 722 Court of Appeal.

⁹⁵ M. ALLEN, *Textbook* (2017), 40; sulle dottrine di *common law* come fonti di un dovere di agire cfr. anche S. H. KADISH, S. J. SCHULHOFER, C. S. STEIKER, *Criminal Law* (2017), 235.

⁹⁶ Si veda, riguardo alla sez. 9(a) del codice penale del Canada, D. STUART, R. J. DELISLE, S. COUGHLAN, *Criminal Law* (2018), 280.

⁹⁷ Per una critica di principio riguardo al diritto inglese, cfr. A. ASHWORTH, *Positive Obligations* (2013), 66-8.

⁹⁸ *Jones v. US*, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 308 F.2d 307(1962); citato ed essenzialmente seguito da D.N. HUSAK, *Philosophy* (1987), 157 e dalla letteratura statunitense dominante: cfr. J. KAPLAN, R. WEISBERG, G. BINDER, *Criminal Law* (2017), 124-6; S.H. KADISH, S.J. SCHULHOFER, C.S. STEIKER, *Criminal Law* (2017), 234-5; J.C. KLOTTER, J.M. POLLOCK, *Criminal Law* (2013), 50 ss.

⁹⁹ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 4; per un parallelismo con l'approccio di *common law*, si veda J.D. GÓMEZ-ALLER, *Omissions* (2008), 426, in nota¹².

e la proprietà (azione pericolosa precedente/creazione di un pericolo)¹⁰⁰; questo si avvicina alla *Ingerenz* del diritto continentale, che si è menzionata sopra¹⁰¹, sebbene il successivo caso *Evans* sembri andare al di là di ciò, esigendosi solamente un contributo alla «creazione di uno stato di cose»¹⁰². Nella spiegazione forse più sistematica a questo riguardo, Andrew Ashworth¹⁰³ individua quattro grandi gruppi di fonti di doveri – obblighi familiari, obblighi assunti volontariamente, obblighi che sorgono da responsabilità (causali) personali e obblighi civici – che a loro volta si dividono ciascuno in due, tre o quattro sottogruppi, che tutti insieme ammontano a un totale di dodici fonti di doveri di agire¹⁰⁴. In generale, per imporre la responsabilità penale per commissione mediante omissione si richiede «l'attribuzione di stringenti responsabilità» basata su «stretti vincoli normativi»¹⁰⁵.

3. *La combinazione degli approcci di diritto continentale e di common law.* – Uno sguardo più ravvicinato agli obblighi di agire che stanno a fondamento della responsabilità per omissione sia nel diritto continentale che negli ordinamenti di *common law* rivela grandi similitudini tanto riguardo alla giustificazione della responsabilità del garante, quanto riguardo agli obblighi individuali riconosciuti, almeno se si comparano gli sforzi sistematici dei teorici del diritto penale. Naturalmente, gli approcci volti a risolvere il problema dell'equivalenza sono stati differenti in termini storici e per ragioni di principio, con il diritto tedesco che ha seguito un approccio marcatamente teorico-astratto e il diritto inglese che ha lasciato prevalentemente ai giudici il compito di individuare le classi rilevanti di obblighi giuridici¹⁰⁶. Ad ogni

¹⁰⁰ Questo risale al caso *R v Miller* [1983] 2 AC 161 della *House of Lords*; cfr. J.C. SMITH, *Liability* (1984), 91-2 (che suggerisce, a p. 94-5, seguendo Miller, come «principio generale» l'obbligo di una persona di impedire un danno, se questa persona, anche senza esserne consapevole, pone in pericolo con una sua condotta un'altra persona o «un qualsiasi altro interesse tutelato dal diritto penale» e «diviene cosciente degli eventi che creano il pericolo»); per una buona discussione sul punto, cfr. D.C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 50, 54-6; M.J. STEWART, *Failure* (1998), 96; M. ALLEN, *Textbook* (2017), 46-7; S.H. KADISH, S.J. SCHULHOFER, C.S. STEIKER, *Criminal Law* (2017), 249-51; J. HORDER, *Principles* (2016), 116; A.P. SIMESTER ET AL., *Criminal Law* (2016), 78-9; rilevanti spunti in D. STUART, R.J. DELISLE, S. COUGHLAN, *Criminal Law* (2018), 265-8; con la discussione di un caso fittizio L. ALEXANDER, *Omissions* (2002), 123.

¹⁰¹ D.C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 54 n. 209.

¹⁰² *R v Evans* [2009] EWCA Crim 650, par. 31; per una critica di principio A.P. SIMESTER ET AL., *Criminal Law* (2016) *op. cit.*, 79-80 (ma la questione non è quale «tipo di contributo non causale al pericolo è richiesto» – il contributo dell'accusato era comunque causale – bensì che ruolo dare all'autonomia della vittima successiva o di terze persone; si veda *infra* nel testo principale).

¹⁰³ A. ASHWORTH, *Positive Obligations*, (2013), 42-65.

¹⁰⁴ Per un compendio sul punto di veda *Ibidem*, 42-3.

¹⁰⁵ R.A. DUFF, *Answering* (2007), 112.

¹⁰⁶ H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikte* (2017), 13 ss., 51 ss.; in precedenza, riguardo all'evoluzione storica, H.-H. JESCHECK, *Unterlassungsdelikte* (1965), 111 ss.

modo, quando si tratta di giustificare la criminalizzazione, l'approccio dualistico del diritto continentale – obblighi di controllo e obblighi di protezione – riposa, in ultima istanza, sul presupposto che il garante omittente esercita un controllo sufficiente (*Kontrollherrschaft*) sulla situazione, tale da consentirgli di impedire qualsiasi danno causato dalla rispettiva fonte di pericolo o inflitto all'oggetto della sua protezione. Il requisito chiave del «controllo» – come fondamento della responsabilità penale in generale, indipendentemente che si tratti di azione od omissione – è stato riconosciuto anche dai teorici di *common law* in questo contesto. Ciò permette, secondo le parole di Duff, «la responsabilità per movimenti involontari, condizioni e stati di cose se essi erano sotto il controllo dell'agente»¹⁰⁷.

Naturalmente, gli esatti contorni del requisito del controllo, compresa la sua qualifica di «sufficiente», sono aperti alla discussione, ma ciò rappresenta solo la conseguenza della già menzionata¹⁰⁸ funzione di mera guida generale attribuita al concetto, che è bisognoso di una determinazione casistica più precisa.

Per quanto concerne le *fonti degli obblighi di agire*, è individuabile innanzi tutto una coincidenza storica nel fatto che in origine sia nei sistemi di *civil law* che in quelli di *common law* si faceva riferimento alle fonti formali della legge e del contratto¹⁰⁹. Mentre la dottrina delle fonti formali (*formelle Rechtsflchtslehre*) fu ben presto superata dagli sviluppi teorici in Germania, la giurisprudenza e lo sviluppo legislativo dell'Inghilterra non si sono mai del tutto emancipati da essa. A parte ciò, è giusto dire che molti degli obblighi e dei casi discussi nel diritto inglese corrispondono a quelli riconosciuti nei sistemi di *civil law*. Per fare solo alcuni esempi: tra le *relazioni speciali* – «obbligazioni familiari» secondo il lessico di Ashworth – c'è il classico obbligo dei genitori di proteggere i loro figli che poi può convertirsi in un corrispondente obbligo dei figli quando sono cresciuti e i loro genitori hanno bisogno di aiuto¹¹⁰. Naturalmente, sia l'autonomia dei figli che quella dei genitori può fungere in questo caso da barriera contro eccessi paternalistici¹¹¹. A un livello più generale, il problema consiste nel capire fino a che punto può spingersi questa relazione speciale oltre ad abbracciare i membri della più stretta cerchia familiare,

¹⁰⁷ Cfr. R.A. DUFF, *Answering*, (2007), 106-7; conforme D.N. HUSAK, *Act* (2011), 121; in precedenza, D.N. HUSAK, *Philosophy* (1987), 170-1 («principio del controllo» come «alternativa preferibile» al requisito della causalità).

¹⁰⁸ C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 25, nm. 27.

¹⁰⁹ Si veda anche H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikt* (2017), 50 (come risultato della comparazione storica tra Inghilterra, Germania e Francia).

¹¹⁰ D.C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 51-2; critico A. ASHWORTH, *Obligations* (2013), 45.

¹¹¹ Cfr. per esempio C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 35 s., 42; sulla stessa linea D. STUART, R.J. DELISLE, S. COUGHLAN, *Criminal Law* (2018), 294-6, enfatizzando, in linea con l'approccio liberale di *common law*, l'autonomia dei genitori nei confronti dei figli come garanti in posizione di protezione.

ciò che genera questioni complesse riguardo alla qualità (durata, intensità) della relazione – rispetto per esempio a coloro che sono ospiti (vulnerabili) della casa per un breve periodo – e alla qualità (intensità) dell’obbligo stesso¹¹². La categoria della *volontaria assunzione di cura* delle giurisdizioni di *common law* è stata estesa alle ‘obbligazioni contratte volontariamente», comprendendovi l’esecuzione in concorso di un’attività rischiosa¹¹³, che corrisponde alla *Gefabrengemeinschaft* del diritto tedesco¹¹⁴. Ciò è sorprendente, data la posizione tradizionalmente critica della *common law* nei confronti di una responsabilità per omissione senza presupposti legali chiari (o una chiara autorità della consuetudine) indicanti l’esistenza di un obbligo e tenendo conto che anche nel diritto tedesco sono assai controversi i limiti del dovere di agire quando un gruppo di persone realizza congiuntamente un’attività rischiosa.

Ad ogni modo, sembra eccessivo ritenere che una persona (un Buon Samaritano) che ne aiuta un’altra in stato di bisogno senza che vi sia alcun obbligo legale debba essere responsabile in via generale se omette di continuare a offrire assistenza, argomentando dal fatto che l’ausilio iniziale implica un obbligo persistente di assistenza, poiché «abbandonare il proprio sforzo lascerebbe la vittima in una condizione peggiore della precedente»¹¹⁵. Questo infatti è vero solo se chi assiste ha creato con ciò un rischio nuovo o addizionale (non puramente ipotetico)¹¹⁶ che si materializzerà se non continua la sua opera di assistenza¹¹⁷. Si prenda il caso di chi aiuta un’anziana signora ad attraversare la strada, ma poi la abbandona a metà del cammino, ponendola così in una situazione più pericolosa di quella in cui si trovava prima, quando era ferma sul marciapiede. In casi di questo tipo, di assistenza finalizzata a uno scopo, il beneficio per l’assistito ha luogo soltanto se e quando lo scopo viene raggiunto, e pertanto il destinatario del soccorso potrebbe davvero stare peggio se chi glielo presta smette di tentare di perseguire lo scopo prima di raggiungerlo¹¹⁸. Ciò invece non è vero nei casi di assistenza continuativa

¹¹² Si veda, da un lato A. ASHWORTH, *Obligations* (2013), 46-9, dall’altro C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 51-2, 53 ss.; T. WEIGEND, § 13 (2007), nm. 39 *in fine* (il fatto di ospitare temporaneamente conoscenti come assunzione di – limitata – responsabilità).

¹¹³ D.C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 52-3.

¹¹⁴ C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 54; T. WEIGEND, § 13 (2007), 40.

¹¹⁵ J.C. KLOTTER, J.M. POLLOCK, *Criminal Law* (2013), 54.

¹¹⁶ Il rischio creato deve essere reale (vedi esempio nel testo), non puramente ipotetico, come per esempio la possibilità che altri si astengano dal prestare assistenza perché vedono che qualcuno lo sta già facendo.

¹¹⁷ Sono debitore ad Antony Duff per avere richiamato la mia attenzione su questa distinzione.

¹¹⁸ La responsabilità del soccorritore, naturalmente, dipende anche dalla ragione della mancata prosecuzione del soccorso. Se rinuncia per impossibilità o inettitudine può essere rimproverato solo se non ha tentato di fare tutto ciò che *gli* era possibile per completare il soccorso.

o incrementata, quando ad ogni tappa il destinatario dell'aiuto ottiene un beneficio e le tappe successive non fanno che aggiungere un ulteriore beneficio. Qui un'interruzione dell'assistenza non lascerebbe il destinatario in una situazione peggiore di quella in cui si sarebbe trovato se non ci fosse stato l'intervento in suo aiuto, ma avrebbe solo la conseguenza di non migliorare ulteriormente la posizione dell'assistito. Perciò, ritenere penalmente responsabile il soggetto di quest'ultimo scenario – il quale è intervenuto in assenza di obblighi giuridici – significherebbe sanzionarlo per una sua opera buona; si considererebbe cioè la sua condotta, qualcosa di positivo e meritevole, come il fondamento per una criminalizzazione anziché premiarlo per un atto (interrotto) di assistenza.

Per quanto riguarda i casi di *creazione precedente di un rischio* (*Ingerenz*, già menzionata sopra), tanto i teorici del diritto continentale come quelli della *common law* discutono il classico caso di investimento e fuga, in cui un conducente investe per colpa un pedone, poi continua a guidare allontanandosi invece di fermarsi ad aiutare la vittima, fondandosi il suo dovere di soccorso sulla precedente causazione (attiva) dell'incidente¹¹⁹. Ora, mentre in questo caso non c'è controversia circa il dovere di agire dell'omittente – dopo tutto, guidando negligenemente ha già commesso un atto illecito – le cose si complicano allorché l'azione che ha creato il pericolo non corrisponde a un reato o addirittura non è nemmeno una violazione di una norma cautelare extrapenale. Si immagini per esempio che il conducente stia rispettando tutte le regole di una condotta di guida prudente, ma investa accidentalmente un pedone che attraversa con il semaforo rosso¹²⁰. O si prenda in esame il caso spesso discusso di chi accidentalmente chiuda in una stanza-deposito un collega di lavoro, che potrebbe equivalere ad una detenzione illegale per omissione se la condotta precedente – chiudere il collega – fosse considerata sufficiente a far sorgere un obbligo di agire (aprire la porta e liberare il collega).

Questi casi sottolineano uno dei principali problemi della teoria dell'*Ingerenz*, ovvero la qualità della condotta pericolosa precedente, che ci lascia con tre possibili opzioni: la visione più liberale pretenderebbe una condotta precedente penalmente rilevante; una visione meno rigorosa pretenderebbe invece solamente una condotta lesiva di una norma cautelare extrapenale (un dovere generale di attenzione), mentre per la visione più estensiva basterebbe semplicemente una qualunque condotta pericolosa. Ciascuno di questi punti di vista trova sostegno nella discussione tedesca¹²¹, mentre i pochi autori di *common law* che accolgono la teo-

¹¹⁹ Cfr. da un lato J.C. SMITH, *Liability* (1984), 96 e dall'altro C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32 nm. 143, 145.

¹²⁰ Non riconoscendo in questo caso una posizione di garante con relativo dovere di agire, BGHSt 25, 218; *contra* G. FREUND, § 13 (2016), nm. 123.

¹²¹ Cfr. C. ROXIN *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 160 ss.; T. WEIGEND, § 13 (2007), 43-7; H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikt* (2017), 142, 222 ss., 288 ss.

ria dell'*Ingerenz* come base della responsabilità omissiva adottano il punto di vista menzionato per ultimo¹²². Infatti, i teorici di *common law* richiedono soltanto, a livello oggettivo, una responsabilità causale¹²³, e la giurisprudenza ha ritenuto perfino che un contributo «alla creazione di uno stato di cose» sia sufficiente a predicare la responsabilità di chi lo ha fornito se questi non impedisce il conseguente evento dannoso. In *R. v. Evans*¹²⁴, l'imputato aveva acquistato droga per la vittima, che la consumò liberamente e morì a causa di ciò; la Corte decise per una condanna per omicidio di secondo grado, perché l'imputato aveva «contribuito a» creare il rischio per la vita della vittima e non l'aveva poi aiutata al momento della concretizzazione del rischio. Così, ciò che qui viene in gioco non è tanto la qualità della condotta precedente – procurare a qualcuno droghe illegali è un reato – ma la decisione autonoma della vittima di consumare tali droghe: ciò dovrebbe convertire la responsabilità del fornitore in una responsabilità al massimo secondaria, assimilabile a quella di un mero complice. Ad ogni modo, se si riduce la qualità della condotta precedente alla causazione naturalistica di un qualunque pericolo, allora solo limitazioni sul piano soggettivo possono condurre alla necessaria restrizione dei casi di responsabilità penale, richiedendo, come effettivamente fanno i teorici di *common law*, la consapevolezza o l'intenzione rispetto alla creazione del pericolo¹²⁵; a sua volta, questo significa che la sussistenza del relativo elemento psicologico elimina ogni ostacolo alla responsabilità penale riguardo alla condotta principale.

Tuttavia, questo tipo di requisiti limitativi di natura soggettiva non solo crea spesso insormontabili problemi probatori, ma non è nemmeno in linea con le regole della corretta imputazione: se io presto il mio appartamento o la mia automobile a un'altra persona e questa commette un reato all'interno dell'appartamento o usando l'automobile, non posso essere ritenuto responsabile per mancato intervento, anche se fossi al corrente della sua attività criminale, poiché non è affar mio interferire se gli atti pienamente autonomi di una persona diventano criminali; posso essere ritenuto responsabile soltanto per i pericoli sorti a causa delle specifiche caratteristiche della mia proprietà¹²⁶. Nella terminologia della teoria della (corretta) imputazione oggettiva: le condotte autonome di terze persone sono eventi sopravvenuti che escludono del tutto la mia iniziale responsabilità cau-

¹²² J.C. SMITH, *Liability* (1984), 94-5.

¹²³ Cfr. A. ASHWORTH, *Obligations* (2013), 53-4 («responsabilità causale», creazione accidentale del pericolo).

¹²⁴ *R v Evans* [2009] EWCA Crim 650, par. 31; si veda A.P. SIMESTER ET AL., *Criminal Law* (2016), 79-80.

¹²⁵ A. ASHWORTH, *Obligations* (2013), 54.

¹²⁶ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 112-23, 125-6; G. FREUND, § 13 (2016), § 13, 156-7; A. ASHWORTH, *Obligations* (2013), 54-5; H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikt* (2017), 238-40, 263.

sale, che potrebbe derivare dall'aver prestato l'appartamento o l'auto. In definitiva, io non sono responsabile per un rischio creato da condotte successive di agenti del tutto autonomi¹²⁷.

IV. *La responsabilità per omissione di soccorso: i presupposti normativi soggiacenti.* - 1. *Verso una convergenza degli approcci di Common Law e Civil Law.* – Come si è già visto, le fattispecie di reato comuni che impongono la responsabilità a coloro che restano spettatori per omissione di soccorso (le «leggi del Buon Samaritano») ¹²⁸ – la forma paradigmatica dei reati di omissione propria – sono generalmente rigettate nelle giurisdizioni di *common law*¹²⁹, ma ben radicate invece nei moderni sistemi di *civil law*¹³⁰.

Tuttavia, uno sguardo più attento rivela che i presupposti normativi sottostanti, a favore o contro la responsabilità per omissione di soccorso, sono simili, se non addirittura identici nei due tipi di sistemi¹³¹. Infatti, in Francia l'art. 475, n. 12 del codice penale del 1810 sanzionava l'omissione di soccorso (anche se solo come contravvenzione) in caso di incendio, inondazione o altri disastri, quando l'assistenza venisse richiesta da una autorità pubblica¹³². Esso incriminava anche la omessa denuncia dei reati di tradimento e falsificazione¹³³. In Germania, l'omessa assistenza era soltanto parte del diritto di polizia, ciò che faceva dipendere la sanzione (amministrativa) da un ordine di assistenza da parte della polizia¹³⁴. Il reato di omissione di soccorso fu introdotto in Germania nella sua forma originaria solo il 28 giugno 1935 dal governo nazista, che invocò l'infame *gesundes Volksempfinden* («sano sentimento del popolo») per dare impulso al dovere di assistenza, specialmente ma non esclusivamente in virtù di un ordine dell'autorità¹³⁵. Il § 330c

¹²⁷ C. ROXIN, *Strafrecht* (2003), § 32, nm. 125 ss.

¹²⁸ Su questa terminologia, si veda *supra*, nota ⁴¹.

¹²⁹ Ciò può farsi risalire alla preoccupazione di Lord Macauley su come tracciare la linea divisoria tra omissioni punibili e non punibili, nella redazione del codice penale per l'India del 1837 (cfr. J. FEINBERG, *Harm* (1984), 150-9; M. ALLEN, *Textbook* (2017), 40), e fu in seguito più chiaramente espresso da L.J. PHILLIMORE in *R v Lowe* [1973] QB 702 Court of Appeal. Si vedano anche, nello stesso senso, T. HONORÉ, *Responsibility* (1999), 41-54, 60-6; J. C. SMITH, *Liability* (1984), 90 ss.; M. VRANKEN, *Duty* (1998), 935-6; sull'influenza di Macaulay nel diritto canadese cfr. D. STUART, R.J. DELISLE, S. COUGHLAN, *Criminal Law* (2018), 259-60.

¹³⁰ Si veda la sezione II.

¹³¹ Per una spiegazione storica che parte dalla «fase originaria di acritica codificazione» ispirata da fattori religiosi nel Vecchio Mondo e nel Medioevo, cfr. R. HARZER, *Situation* (1999), 33 ss.

¹³² Sull'influenza di questa disposizione nell'ambito europeo, cfr. W. HUSCHENS, *Hilfeleistung* (1938), 17 ss.; ed anche H. SCHRÄGLE, *Unterlassungsdelikt* (2017), 42, secondo cui la disposizione fu abrogata nel 1832. Questo dato viene trascurato da M. VRANKEN, *Duty* (1998), 937.

¹³³ D. REBUT, *Omissions* (2017), nm. 2 (che tuttavia sembra trascurare l'art. 475 no. 12 CP).

¹³⁴ R. HARZER, *Situation* (1999), 37-9, 45, 49-52; L. KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten* (2007), 96 ss.

¹³⁵ Reichsgesetzblatt I 1935, 839. Sui fondamenti del diritto penale nazionalsocialista, si veda K. AMBOS, *National Socialist* (2019), 36 ss.

del codice penale imperiale fu poi emendato nel 1953, venendo sostituito dall'attuale § 323c¹³⁶, in cui è stato eliminato il riferimento al sano sentimento del popolo, così come la reliquia dell'ordine dell'autorità¹³⁷.

Da un punto di vista normativo, è importante notare che il fondamento di questa fattispecie riposava sul fermo abbandono della teoria liberale di matrice illuministica della violazione dei diritti soggettivi, sostituita dalla teoria della violazione dei doveri¹³⁸ come base sufficiente per l'incriminazione¹³⁹. Anselm Feuerbach, giurista di impronta liberale fortemente ispirato dall'approccio kantiano sulla ragione della persona come punto di partenza di ogni responsabilità, difendeva la separazione tra diritto e morale. Di conseguenza, rigettò l'idea di far rispettare doveri morali per il tramite della legge penale, distinguendo fra infrazioni al diritto di polizia e condotte criminali¹⁴⁰, e pertanto, nel codice penale bavarese del 1813 da lui ispirato, non incluse una fattispecie di omissione di soccorso¹⁴¹. Allo stesso modo, la dottrina francese del XIX secolo rigettò una tale fattispecie, dato il suo impatto sulla libertà individuale, in base all'idea di una rigorosa separazione tra morale e diritto¹⁴². Come abbiamo visto in precedenza, l'approccio individualistico informa tuttora la dottrina francese¹⁴³. In cambio, i sostenitori della visione basata sulla violazione del dovere considerano una violazione di un dovere (collettivo) – invece che di un diritto (individuale) o di un interesse concreto – usual-

¹³⁶ BGBl 1953 (4 Agosto) I 735. Di recente, è stato aggiunto un secondo comma che stabilisce la punizione di chi ostacola una persona che ne sta soccorrendo un'altra (BGBl 2017, 23 Maggio, I 1226; favorevole H. SCHÖCH, *Strafbarkeit* (2018), 510 ss. Questo corrisponde all'art. 223-5 CP francese, *supra* nota ⁶⁰).

¹³⁷ Sul retroterra nazista del § 323c si veda in dettaglio R. HARZER, *Situation* (1999), 57 ss.; più sinteticamente R. WITTMANN, *Hilfeleistung* (2017), 366-7; da una prospettiva svizzera H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 136-7.

¹³⁸ F. SCHAFFSTEIN, *Pflichtverletzung* (1935), 108-42, il quale sviluppò la sua teoria della violazione del dovere in opposizione alla «disintegrazione individualistica degli ultimi decenni», rappresentata dalla teoria liberale del bene giuridico o della violazione dei diritti soggettivi. L'obiettivo era quello di dare maggior peso agli «attacchi criminali contro la comunità popolare» e di superare in tal modo l'individualismo del periodo post-illuminista. La persona non dovrebbe più essere vista come un individuo, ma come un «membro del popolo», con intrinseci obblighi verso la comunità. I concetti di onore, lealtà e dovere assumono un ruolo centrale, preparando il terreno per una «unità del diritto penale e dell'ordine morale del popolo».

¹³⁹ R. HARZER, *Situation* (1999), 44 ss.

¹⁴⁰ *Ivi*, 42 ss.; ma si veda anche G. JAKOBS, *Verbrechensbegriff* (2014), 210, 211 ss., il quale sostiene che, sebbene Feuerbach rigetti l'idea della tutela della morale mediante il diritto penale, utilizzava però il diritto di polizia per questo stesso scopo.

¹⁴¹ L'art. 78 del codice bavarese sanzionava solo l'omessa denuncia di un reato e l'omesso soccorso in caso di danno ad altri in una unica disposizione comune, come partecipazione (secondaria) di terzo grado; cfr. HARZER, *Situation* (1999), p. 47.

¹⁴² Cfr. D. REBUT, *Omissions* (2017), nn. 4-5.

¹⁴³ Vedi *supra*, sez. II, *in fine*.

mente verso una «comunità di popolo» intesa come un tutto, alla stregua di un fondamento sufficiente per una criminalizzazione. Dati i confini imprecisi del concetto di dovere, il suo orientamento poco chiaro e l'assenza di qualunque richiesta di un danno tangibile, è stato connotato come «la più espansiva concezione del reato»¹⁴⁴. Nel caso del § 330c del codice penale tedesco, sopra menzionato, questo dovere si basava sull'infame concezione della società come «comunità di popolo», nella quale gli appartenenti al popolo (*Volksgenossen*) erano tenuti ad assistersi reciprocamente: esisteva cioè un dovere di lealtà (*Treuepflicht*) verso la comunità popolare, escludendo da tale comunità, ovviamente, tutte le persone non ariane e quelle che si opponevano al regime nazista. Questo approccio fondato sull'idea di comunità non era assolutamente limitato alla Germania nazista¹⁴⁵. Nel 1911, l'autore svizzero Ernst Pedotti giustificò il dovere di assistenza in quanto obbligo verso la comunità a cui i soggetti appartengono, la quale non potrebbe esistere senza questo atteggiamento da parte dei suoi membri¹⁴⁶.

La tradizionale riluttanza della *common law* «a imporre la responsabilità per omissione tranne in casi seri e gravi»¹⁴⁷ è, normativamente parlando¹⁴⁸, radicata in una visione liberale e centrata sui diritti, che si avvicina al rifiuto di ispirazione kantiana dell'accoglimento di una tale responsabilità da parte della scienza penalistica continentale post-illuministica (come nel caso di Feuerbach). I due approcci condividono una concezione stretta e formale dell'autonomia personale e della libertà. Tuttavia, la visione «convenzionale» o «ortodossa» della *common law* è stata di recente sfidata da alcuni studiosi del diritto penale con argomenti potenti. Così, Joel Feinberg¹⁴⁹ difende l'introduzione di un reato generale di omissione di soccorso sulla base di un esteso principio del danno (*harm principle*)¹⁵⁰, ritenendo

¹⁴⁴ G.P. FLETCHER, *Grammar* (2007), 37.

¹⁴⁵ BGHSt. 6, 147, 149 ss., spiegando il previgente § 330c del codice penale («obbligo dell'individuo nei confronti della comunità popolare»). Si veda anche la tesi dottorale (nazista) di W. HUSCHENS, *Hilfeleistung* (1938), 22 ss.; più in dettaglio K. AMBOS, *National Socialist* (2019), 130 ss.

¹⁴⁶ E. PEDOTTI, *Nothilfe* (1911), 1-4; a questo riguardo anche H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 133.

¹⁴⁷ A. ASHWORTH, *Liability* (1989), 424-5; non diversamente, D.N. HUSAK, *Act* (2011), 116.

¹⁴⁸ Alcuni critici sostengono anche che una simile fattispecie generale di omissione di soccorso non avrebbe effetti positivi sulla disponibilità delle persone a soccorrere chi si trovi in situazioni di bisogno, ma potrebbe invece «avere un effetto inibitorio del comportamento altruistico»; così M.J. STEWART, *Failure* (1998), 434.

¹⁴⁹ J. FEINBERG, *Harm* (1984), 126-8; critico al riguardo L. KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten* (2007), 105-6.

¹⁵⁰ J. FEINBERG, *Harm* (1984), 128, 166 e 186 (sostenendo che il principio del danno può essere inteso nel senso di «prevenzione del danno», con ciò approvando «le leggi che esigono che la gente impedisca danni ad altri» o vietino alle persone di «permettere un danno ad altri quando potrebbero impedirlo»).

che reati di questo tipo siano accettabili nella misura in cui il danno sia abbastanza serio e non vi sia la probabilità di fare affidamento sull'intervento di una terza persona su cui gravi uno speciale obbligo¹⁵¹. In questo caso, vi è un obbligo morale e sociale di aiutare, se l'agente è in grado di farlo senza che vi sia un rischio irragionevole per se stesso¹⁵², in modo tale che il danno che deve essere impedito sia considerevolmente maggiore di quello che sarebbe causato dall'invasione nella libertà dello spettatore¹⁵³. Insomma, Feinberg, benché si renda conto dei pericoli di un potere incontrollato della polizia o dei pubblici ministeri diretto contro rispettabili ma non eroici Samaritani¹⁵⁴, si esprime a favore di un test di bilanciamento che si fonda sulla «plausibilità di una pretesa morale» di un individuo in pericolo «di essere salvato ... senza il costo di un rischio irragionevole»¹⁵⁵.

Ma ci sono anche altre voci importanti¹⁵⁶. Andrew Ashworth rifiuta la «visione convenzionale», basata su una concezione estrema di autonomia senza spazio alcuno per la solidarietà sociale, e la rimpiazza con una «visione di responsabilità sociale», che valorizza «gli elementi cooperativi nella vita sociale» sulla base dei quali «può essere giusto assegnare ai cittadini obblighi di prestare assistenza ad altri individui in certe situazioni»¹⁵⁷. George Fletcher afferma che il rifiuto di un reato generale di omissione di soccorso ha più a che vedere con «casuali atteggiamenti verso il principio di legalità» che con un meno sviluppato atteggiamento comunitario¹⁵⁸; il grado o qualità di ogni intrusione nella libertà dipende dal «contenuto di ciò che viene preteso o vietato» (la sostanza) e non dalla «forma (at-

¹⁵¹ *Ivi.*, 162, 168, 186.

¹⁵² *Ivi.*, 162-3

¹⁵³ *Ivi.*, 129-50, 163-5.

¹⁵⁴ *Ivi.*, 157; tuttavia, egli trascura i pericoli sempre maggiori nei sistemi di giustizia penale – prevalentemente continentali – che adottano il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

¹⁵⁵ *Ivi.*, 185. Allo stesso modo, a favore di un test di ragionevolezza, M. VRANKEN, *Duty* (1998), 942.

¹⁵⁶ A parte gli Autori che verranno menzionati nella nota successiva, cfr. R.A. DUFF, *Answering* (2007), 110, 113; D.C. ORMEROD, K. LAIRD, *Criminal Law* (2018), 61-2 (una disposizione del Cattivo Samaritano restrittiva può superare le obiezioni); L.E. CHIESA, *Comparative* (2014), 1092-3 (assenza di una norma sull'omissione di soccorso come disconnessione tra diritto e morale).

¹⁵⁷ A. ASHWORTH, *Liability* (1989), 430-1 ed anche ID., *Rescuepflicht* (2013), 116-9. Contro Ashworth, G. WILLIAMS, *Criminal omissions* (1991), 86, 89-90, sostenendo che egli non rappresenta in modo adeguato la «visione convenzionale». Segue ed integra il pensiero di Ashworth con considerazioni di natura morale V. TADROS, *Responsibility* (2005), 182-211, sostenendo che un'omissione è spesso disonorevole per la relazione fra i cittadini e concludendo che il ruolo del diritto penale riguardo alle omissioni «dovrebbe dipendere da dove vogliamo tracciare la linea tra ciò che è moralmente imposto, gli obblighi morali delle persone, e ciò che semplicemente *si dovrebbe fare*, ciò che *sarebbe per il meglio*» (p. 208, corsivo orig.)

¹⁵⁸ G. P. FLETCHER, *Irrelevance*, (2004), 1449-50 («canone generatore di doveri poco vincolante»).

tiva o passiva) del dovere»¹⁵⁹. Il vero problema, con gli obblighi positivi, non sta nel fatto che ci impongono di agire, ma nel fatto che «siano esigibili in un tempo e in uno spazio sul quale non abbiamo controllo»¹⁶⁰.

2. *Da un dovere etico a un obbligo giuridico: solidarietà e condizioni di una libertà effettiva.* – Ogni argomentazione basata sulla moralità si ancora naturalmente al presupposto che i doveri morali possano direttamente tradursi in obblighi giuridici senza aggiungere altro, in linea con una sorta di moralismo legale «come nuova ortodossia nella dottrina penalistica di lingua inglese»¹⁶¹. Questo è difficilmente conciliabile con quella separazione tra diritto e morale che è una delle pietre angolari di un diritto penale liberale e secolare, che è il prodotto del periodo post-illuminista¹⁶². Questa visione può ammettere, al massimo, un moderato moralismo giuridico, nel cui ambito la criminalizzazione richiede sempre qualcosa di più di un mero male morale, ovvero un male pubblico¹⁶³.

Comunque, il passaggio da una comunità ispirata dalla religione, in cui la presenza di un reato di omissione di soccorso è giustificata dal riferimento alla narrazione biblica del Buon Samaritano, ad una società liberale, secolare, post-illuministica, fondata sulla ragione e sulla scienza implica che un dovere di assistenza di origine morale, etica o religiosa non può tradursi automaticamente in un obbligo giuridico, e ancor meno in un obbligo che sia oggetto di una pretesa del diritto penale¹⁶⁴. Al contrario, la moderna società liberale è caratterizzata da un elevato grado di individualismo e di atomizzazione, che ha sostituito in larga misura le tendenze comunitarie e assegna allo Stato la responsabilità di intervenire come sostituto della mancanza di solidarietà comunitaria¹⁶⁵. Così, mentre mutui doveri di assistenza possono plausibilmente essere giustificati per ragioni etiche in una società fondata sulla mutua solidarietà¹⁶⁶ – dopo tutto, chi non preferirebbe vivere in una società in cui esista un minimo di solidarietà piuttosto che in una nella qua-

¹⁵⁹ *Ivi*, 1450.

¹⁶⁰ *Ivi*, 1451.

¹⁶¹ M. THORBURN, *Constitutionalism* (2011), 86; per una panoramica sulle varietà del moralismo giuridico si veda R.A. DUFF, *Moralism* (2014), 217 ss.

¹⁶² Cf. T. HÖRNLE, *Rights* (2014), 176-8, 183-4; si veda, nel nostro contesto del reato di omissione di soccorso W. KARGL, *Hilfeleistung* (1994), 247-8, 261; K. SEELMANN, *Hilfeleistung* (1995), 282-3 (discutendo il classico argomento contro gli obblighi *giuridici* di solidarietà, ovvero l'argomento della tutela della libertà di chi assiste e del suo margine di apprezzamento, così come l'argomento della generalizzazione (limitata) di un tale dovere); K. KÜHL, *Solidaritätsbegriff* (2013), 98.

¹⁶³ R.A. DUFF, *Moralism* (2014), 217. In chiave critica, tuttavia, rispetto al concetto di male «pubblico», J. EDWARDS, A. SIMESTER, *Crime* (2017), 105.

¹⁶⁴ Contro il ricorso ad ogni tipo di «moralismo», T. HÖRNLE, *Rights* (2014), 178.

¹⁶⁵ Cf. M. PAWLIK, *Zuständigkeitsbegründung* (1995), 361-3.

¹⁶⁶ K. SEELMANN, *Hilfeleistung* (1995), 282-3; K. KÜHL, *Solidaritätsbegriff* (2013), 100.

le ogni cittadino debba stare da solo contro tutti gli altri ('cane mangia cane')¹⁶⁷ – è una faccenda diversa se queste ragioni etiche danno luogo a un obbligo giuridico o ancor più a un obbligo che possa essere imposto dal diritto penale¹⁶⁸. Il concetto di solidarietà, spesso invocato per giustificare la criminalizzazione dell'omissione di soccorso¹⁶⁹, non è un concetto propriamente giuridico¹⁷⁰ e, ancora più importante, è troppo vago per essere accettabile come fondamento per la criminalizzazione¹⁷¹. Esso descrive, al massimo, un modo preliminare per identificare possibili obblighi giuridici¹⁷² e può servire semplicemente come guida generale per il nostro comportamento¹⁷³.

Comunque, per giustificare la criminalizzazione sulla base della solidarietà, tale concetto deve essere compatibile con l'autonomia e la libertà, che costituiscono i pilastri di ogni società liberale¹⁷⁴. La questione chiave, quindi, è come risolvere la tensione tra libertà e solidarietà, inerente ad ogni condotta di omissione di soccorso. Mentre una concezione formale di libertà non tollera alcuna violazione della libertà delle persone causata da doveri di agire in una certa maniera, una concezione materiale di libertà (*libertà effettiva*) si concentra sulle condizioni attuali (materiali) dell'esercizio della libertà delle persone in una società liberale e ammette un dovere di assistenza in certe, eccezionali situazioni di emergenza come un prerequisito per la realizzazione di questa libertà. In altre parole, la nostra libertà come membri di una società può realizzarsi pienamente solo se possiamo fare affidamento sull'assistenza degli altri consociati in situazioni esistenziali di emergenza. La protezione della nostra libertà esistenziale fondamentale è il prerequisito per l'esercizio dei diritti fondati sulla libertà¹⁷⁵. Su questa base, un reato di

¹⁶⁷ R. WITTMANN, *Hilfeleistung* (2017), 370.

¹⁶⁸ Per questa duplice distinzione, si vedano anche K. SEELMANN, *Hilfeleistung* (1995), 283 e D. VON DER PFORDTEN, *Hilfeleistungspflichten* (2013), 106.

¹⁶⁹ Cfr. L. KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten* (2007), 104. Per W. KARGL, *Hilfeleistung* (1994), 263, la disponibilità ad aiutare («Hilfsbereitschaft») – che è un'espressione di solidarietà – è un valore positivo.

¹⁷⁰ Cfr. K. KÜHL, *Solidaritätsbegriff* (2013), 100. Per un'analisi minuziosa si veda L. KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten* (2007), 149 ss. (221-2), che fa derivare un dovere di solidarietà dall'idea di Stato sociale (*Sozialstaatlichkeit*) e lo vede come l'altra faccia della medaglia del dovere (negativo) di *neminem laedere* su cui si basa lo Stato di diritto (*Rechtsstaatlichkeit*); su queste basi, l'Autrice cerca di sviluppare la solidarietà come un concetto giuridico (p. 223 ss.) che funge da complemento al *neminem laedere*, in quanto ulteriore principio che giustifica la limitazione della libertà (p. 225). Sul parallelo con l'idea dello Stato sociale, si veda anche K. SEELMANN, *Hilfeleistung* (1995), 282.

¹⁷¹ Critici anche M. PAWLIK, *Notstand* (2002), 58 ss.; ID., *Unrecht* (2012), 190; H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 143.

¹⁷² Cfr. R. HARZER, *Situation* (1999), 190-1.

¹⁷³ Cfr. L. KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten* (2007), 234-9.

¹⁷⁴ K. KÜHL, *Solidaritätsbegriff* (2013), 101.

¹⁷⁵ L. KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten* (2007), 117-8.

omissione di soccorso limitato – che limiti cioè il dovere di assistenza al caso di pericoli per la vita e per l'integrità fisica – può essere giustificato in termini generali¹⁷⁶.

3. *La responsabilità del concreto soccorritore.* – Tuttavia, questo approccio – come approcci simili che si concentrano sui beni giuridici della persona in stato di bisogno¹⁷⁷ – pone la questione del perché è responsabilità del singolo soccorritore la protezione della libertà materiale della persona in pericolo (ovvero, perché *questo* preciso soccorritore abbia un dovere di assistenza è una domanda ancora senza risposta).

Al riguardo, una risposta soddisfacente può essere trovata solo se si fa attenzione alla *relazione situazionale* tra il soccorritore e la persona in pericolo. Detto in maniera più concreta, per giustificare l'obbligo di intervento del soccorritore bisogna concentrarsi sul suo rapporto con chi riceve l'assistenza e chiedersi se un dovere di assistenza possa derivare da tale rapporto, a prescindere dal contesto o dalla cornice sociale in cui il rapporto si colloca. In tal modo, l'obbligo di soccorso si basa su una relazione interpersonale o intersoggettiva tra la persona in pericolo e il soccorritore, improntata al modello hegeliano della relazione di mutuo riconoscimento fra cittadini, che a sua volta giustifica la competenza situazionale del soccorritore¹⁷⁸. Solo questo contesto di situazione e rapporto giuridico può far sorgere obblighi giuridici di soccorso¹⁷⁹. La relazione interpersonale può essere tutelata, in caso di minaccia per un cittadino¹⁸⁰, solo dall'intervento di un altro cittadino che sia in grado di prestare aiuto e che sia parte di quella relazione intersoggettiva¹⁸¹. Tuttavia, la competenza del soccorritore è condizionata dalla sussistenza della base fattuale della relazione giuridica e dell'accertamento dell'autonomia della vittima, ovvero ci si deve trovare in una situazione in cui sono messe in pericolo la vita, l'integrità fisica o la libertà¹⁸². Insomma, la responsabilità penale si basa sulla tricotomia di situazione, relazione giuridica e competenza¹⁸³.

Alla luce di questo retroterra, il § 323c del codice penale tedesco vigente appa-

¹⁷⁶ K. KÜHL, *Solidaritätsbegriff* (2013), 101.

¹⁷⁷ Si veda, riguardo all'approccio del bene giuridico, H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 142.

¹⁷⁸ Cfr. R. HARZER, *Situation* (1999), 105, 108, 187-219; critico H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 152-3.

¹⁷⁹ R. HARZER, *Situation* (1999), 197.

¹⁸⁰ Il concetto di «cittadino» deve essere qui inteso in senso lato, comprendendo persone con residenza temporanea o semplici visitatori.

¹⁸¹ R. HARZER, *Situation* (1999), 202. Sulla giustificazione della competenza di chi assiste cfr. *Ivi.*, 203 ss.

¹⁸² *Ivi.*, 216.

¹⁸³ *Ivi.*, 215, 218, 241, 298 (concludendo con una proposta normativa).

re troppo ampio e potrebbe essere giustificato solo mediante la classica teoria del contratto sociale, secondo la quale il dovere (morale) di assistenza si trasforma in un dovere giuridico in virtù dell'accordo consensuale fra i cittadini. Ma mentre l'idea contrattuale può essere difesa alla luce dell'assenza di una base comunitaria o istituzionale nella società moderna¹⁸⁴, è molto difficile conciliarla con la relazione intersoggettiva e pre-statale fra i consociati descritta sopra¹⁸⁵, a meno che il contratto sottostante non fosse anch'esso precedente rispetto allo Stato (consistente cioè nella stessa relazione intersoggettiva fra cittadini). A parte ciò, il fatto che il moderno Stato sociale dell'Europa continentale imponga un dovere di soccorso ai suoi cittadini (e incrimini l'omesso intervento) dimostra che lo Stato ha bisogno che i suoi cittadini – come suoi agenti amministrativi a cui in situazioni d'emergenza sono delegate funzioni originariamente statuali – adempiano in pieno ai loro obblighi protettivi¹⁸⁶.

Un'ulteriore importante giustificazione teorica per un limitato reato di omissione di soccorso basata sulla stretta relazione tra soccorritore e persona in stato di bisogno è stata proposta da von der Pfordten¹⁸⁷. Egli propugna una teoria etica dell'individualismo normativo secondo la quale – in contrasto con gli approcci comunitari – una giustificazione può provenire direttamente solo dagli individui interessati, e non da un'entità collettiva. Ogni obbligo nei confronti di un'altra persona si fonda su una relazione addizionale e specifica, la cui intensità e durata determina la forza del dovere imposto a un consociato. Al suo livello più alto, questa relazione può essere la base di obblighi di garanzia, come si è evidenziato in precedenza, nell'ambito dei reati omissivi impropri; al livello più basso, può scaturire da condotte sociali ordinarie, come per esempio far parte di un gruppo o di una comunità (entità collettiva), o la realizzazione di progetti comuni, per esempio in quanto membri di un consorzio di agricoltori.

Obblighi giuridici di assistenza possono sorgere, nell'ambito di tali relazioni, prendendo in considerazione gli interessi dei rispettivi individui e il loro adeguato bilanciamento. Ad ogni modo, non esiste un dovere di imporre questi obblighi attraverso l'incriminazione della loro inosservanza; eventualmente, l'incriminazione è consentita solo se gli interessi in gioco sono abbastanza importanti (per esempio, la vita o l'integrità fisica della persona che dev'essere aiutata): poiché soltanto allora perde rilevanza la differenza naturalistica tra azione ed omissione e al soccorritore può essere legittimamente richiesto di tollerare una violazione di minore

¹⁸⁴ M. PAWLIK, *Zuständigkeitsbegründung* (1995), 363-4.

¹⁸⁵ R. HARZER, *Situation* (1999), 221-38 (rigettando a p. 229 ss. l'approccio di Fichte al contratto sociale).

¹⁸⁶ M. PAWLIK, *Zuständigkeitsbegründung* (1995), 364-5; più di recente ID., *Unrecht*, (2012), 190-2; in senso critico H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 145-8.

¹⁸⁷ D. VON DER PFORDTEN, *Hilfeleistungspflichten* (2013), 107-13.

importanza dei suoi interessi se d'altro canto gli interessi posti in pericolo sono di fondamentale importanza e pertanto incomparabilmente più elevati.

Volendo riassumere queste differenti giustificazioni del dovere di assistenza, è facile vedere che il loro fondamento comune è la relazione interpersonale tra il soccorritore e la persona in stato di pericolo. La limitazione alla libertà del soccorritore che deriva dal chiedergli di intervenire può essere giustificata con riferimento al grave pericolo per la libertà della persona in stato di bisogno, un pericolo che può essere impedito solo prestando assistenza. La solidarietà opera, all'interno di questa relazione, non tanto come un dovere verso la comunità, ma verso il concreto consociato in difficoltà, ovvero come un principio orientatore interpersonale¹⁸⁸. Così concepita, la solidarietà completa e rafforza la libertà e l'autonomia nel senso del concetto materiale di libertà difeso in precedenza; essa garantisce le condizioni materiali della libertà e di conseguenza l'esercizio di una libertà reale e materiale¹⁸⁹.

Naturalmente, una giustificazione liberale dell'obbligo giuridico di intervenire, basata su una relazione interpersonale tra il soccorritore e la persona in stato di bisogno, agendo entrambi come attori autonomi, implica, come già segnalato in precedenza, la giustificazione di un reato di omissione di soccorso definito in modo restrittivo, in cui il dovere di agire è limitato ai casi di pericolo per la vita e l'integrità fisica, poiché solo allora è legittimata la conseguente interferenza con la libertà dell'innocente soccorritore e può essere pretesa la sua solidarietà¹⁹⁰. Inoltre, il dovere di assistenza è sussidiario, nel senso che sorge solo se la persona in difficoltà non può impedire da sé il grave danno, né è in grado di impedirlo lo Stato¹⁹¹.

Ultimo, ma non meno importante, l'obbligo di intervenire deve essere ragionevolmente esigibile dal soccorritore; questa idea è ben rappresentata dal concetto normativo di «*Zumutbarkeit*»¹⁹².

Bibliografia

ALEXANDER L., *Criminal Liability for Omissions: An Inventory of Issues*, in SIMESTER A., SHUTE S., *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, Oxford University Press, 2002, 121-142.

¹⁸⁸ L. KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten* (2007), 225-6.

¹⁸⁹ Così anche Ivi, 227-9.

¹⁹⁰ K. SEELMANN, *Hilfeleistung* (1995), 282-3; K. KUHL, *Solidaritätsbegriff* (2013), 101; H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 154; L. KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten* (2007), 118; più ampiamente R. HARZER, *Situation* (1999), 105 («interessi giuridici altamente personali») e 216-7; M. PAWLIK, *Unrecht* (2012), 192.

¹⁹¹ H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 154; L. KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten* (2007), 228-9.

¹⁹² H. MAIHOLD, *Nothilfepflicht* (2013), 154; M. PAWLIK, *Zuständigkeitsbegründung* (1995), 370-2.

- ALLEN M., *Textbook on Criminal Law*, 14. ed, Oxford University Press, 2017.
- AMBOS K., *The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance between the Rechtsgut and the Harm Principles*, in *Criminal Law and Philosophy*, 9 (2015), 301-29.
- AMBOS K., *Book Review "Schrägle, Unterlassungsdelikt (2017)"*, in *Criminal Law Forum*, 28 (2017), 777-81.
- AMBOS K., *National Socialist Criminal Law*, Baden-Baden/Oxford, Nomos/Hart, 2019.
- ASHWORTH A., *Die Rettungspflicht im englischen Recht. Sinnvolle Einschränkungen oder „Island Mentality“?*, in VON HIRSCH A., NEUMANN U., SEELMANN K. (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht: zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden, Nomos, 2013, 115-31.
- ASHWORTH A., *The scope of criminal liability for omissions*, in *Law Quarterly Review*, 105 (1989), 424-59.
- ASHWORTH A., *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, Hart, 2013.
- ASHWORTH A., *Principles of Criminal Law*, 7. ed., Oxford University Press, 2013.
- BACHMAIER L., del MORAL GARCÍA A., *Spain*, in VERBRUGGEN F. (ed.), *Int. Encyclopaedia: Criminal Law*, iv, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2010, IV.
- BELL J., BOYRON S., WHITTAKER S., *Principles of French Law*, Oxford University Press, 2008.
- BENTHAM J.D., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener, Batoche Books, 2000 [1781].
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE I., ARROYO ZAPATERO L., *Curso de Derecho Penal: Parte General*, 3. ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, 2016.
- BERSTER L.C., *Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit*, München, Utz, 2008.
- BOHLANDER M., *The German Criminal Code: A modern English Translation*, Oxford, Hart, 2008.
- BOSCH N. (e EISELE J.), *Vorbemerkung zu §§ 13 ff.*, in SCHÖNKE A., SCHRÖDER H., *StGB Kommentar*, 30. Aufl., München, C.H. Beck, 2019, nm. 1-161.
- BOULOC B., MATSOPOULOU H., *Droit pénal général et procédure pénale*, 20. ed. Paris, Dalloz, 2016
- BOUZAT P., PINATEL J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1963.
- BRAMMSEN J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986.
- CASSESE A., *Omission Liability and superior responsibility*, in CASSESE A. (ed.), *International Criminal Law*, 3. ed., Oxford University Press, 2013, 180-92.
- CHIESA L.E., *Comparative Criminal Law*, in DUBBER M., HÖRNLE T. (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, 1089-114.
- COLVIN E., ANAND S.S., *Principles of Criminal Law*, 3. ed., Toronto, Thomson Carswell, 2007.
- DEBOVE F., FALLETTI F., *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 6. ed., Paris, Puf, 2016.

- DEMETRIO CRESPO E., *Lección 8: El tipo omisivo*, in DEMETRIO CRESPO E. (ed.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, vii, 2. ed, Madrid, Iustel, 2015, II 163-81.
- DESPORTES F., LE GUNEHÉC F., *Droit pénal général*, 16. ed, Paris, Economica, 2009.
- DUFF R.A., *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart, 2007.
- DUFF R.A., *Towards a modest Legal Moralism*, in *Criminal Law and Philosophy*, 8 (2014), 217-35.
- DUTTWILER M., *Liability for Omission in International Criminal Law*, in *International Criminal Law Review*, 6 (2006), 1-61.
- EDWARDS J., SIMESTER A., *What's Public About Crime?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 37 (2017), 105-33.
- ELLIOT C., *French Criminal Law*, Uffculme, Willan Publication, 2001.
- FELDBRUGGE F.J.M., *Good and Bad Samaritans*, in *The American Journal of Comparative Law*, 14 (1965), 630-57.
- FEUERBACH P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2. Aufl., Giessen, Heyer, 1803.
- FIGUEIREDO DIAS J., *Direito Penal: Parte Especial*, 2. ed., Lisboa, AAFDL, 2007.
- FLETCHER G.P., *Rethinking Criminal Law*, 2. ed., Boston, Little Brown, 1978 [ristampa 2002].
- FLETCHER G.P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998.
- FLETCHER G.P., *On the Moral Irrelevance of Bodily Movements*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 142 (1994), 1443-54.
- FLETCHER G.P., *The Grammar of Criminal Law*, Oxford University Press, 2007.
- FREUND G., § 13, in VON HEINTSCHEL-HEINEGG B. (Hrsg.), *Münchener Kommentar StGB*, 3. Aufl., München, C.H. Beck, 2017, I.
- GIDE A., *La Séquestrée de Poitiers*, Paris, Éditions Gallimard, 1930.
- GÓMEZ-ALLER J.D., *Criminal Omissions: A European Perspective*, in *New Criminal Law Review*, 11 (2008), 419-51.
- GREENE J., *From neural "is" to moral "ought": what are the moral implications of neuroscientific moral psychology?*, in *Nature Reviews Neuroscience*, 4 (2003), 846-50.
- HARZER R., *Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1999.
- HENNAU C., VERHAEGEN J., *Droit Pénal Général*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- HERZBERG R.D., *Di Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, de Gruyter, 1972.
- HÖRNLE T., *Rights of Others in Criminalisation Theory*, in SIMESTER A.P., DU BOIS-PEDAIN A., NEUMANN U. (eds.), *Liberal Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, Hart 2014, 169-85.
- HONORÉ T., *Responsibility and Fault*, Oxford, Hart 1999.
- HORDER J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2016.

- HUSAK D.N., *The Alleged Act Requirement in Criminal Law*, in DEIGH J., DOLINKO D., (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy and Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, 107-24.
- HUSAK D.N., *Philosophy*, Totowa, Rowman & Littlefield, 1987.
- HUSCHENS W., *Die Unterlassene Hilfeleistung im nationalsozialistischen Strafrecht*, Speyer am Rhein, Pilger, 1938.
- JAKOBS G., *Feuerbachs Verbrechensbegriff: Rechtsverletzung*, in KOCH A., KUBICIEL M., LÖHNING M., PAWLIK M. (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 209-26.
- JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin, de Gruyter, 1993.
- JESCHECK H.-H., *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 77 (1965), 109-48.
- JESCHECK H.-H., *Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht*, in WOLTER J. (Hrsg.), *140 Jahre GA*, Heidelberg, Decker's, 1993, 115-29.
- KADISH S.H., SCHULHOFER S. J., STEIKER C.S., *Criminal Law and its Processes*, 9. ed., New York, Aspen Publishers, 2012.
- KADISH S.H., SCHULHOFER S. J., STEIKER C.S., *Criminal Law and its Processes*, 10. ed., New York, Aspen Publishers, 2017.
- KAHLO M., *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.
- KANT I., *Kritik der reinen Vernunft*, in *Preussische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Berlin, Reimer, 1903 [1781].
- KAPLAN J., WEISBERG R., BINDER G., *Criminal Law: Cases and Materials*, 8. ed., New York, Aspen Publishers, 2017.
- KARGL W., *Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB): Zum Verhältnis von Recht und Moral*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 141 (1994), 247-63.
- KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Otto Schwartz, 1988 [1959].
- KAUFMANN A., *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, in *Juristische Schulung*, 1 (1961), 173-5.
- KIRCHHEIMER O., *Criminal Omissions*, in *Harvard Law Review*, 55 (1942), 617-9.
- KLOTTER J.C., POLLOCK J.M., *Criminal Law*, 10. ed., Waltham, Elsevier, 2013.
- KOLB R., *Droit International Pénal*, in KOLB R., SCALIA D. (eds.), *Droit international pénal: Précis*, 2. ed., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, 195-203.
- KÜHL K., *Zur Anwendung des Solidaritätsbegriffs auf die unterlassene Hilfeleistung nach § 323c StGB*, in VON HIRSCH A., NEUMANN U., SEELMANN K. (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2013, 93-102.
- KÜHNBACH L., *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- LANDES W.M., POSER R.A., *Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, in *Journal of Legal Studies*, 7 (1978), 83-128.

- LAW COMMISSION, *Criminal Law: A Criminal Code for England and Wales*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1989.
- LEROY J., *Droit pénal général*, 3. ed., Paris, LGDJ, 2010.
- von LISZT F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, 3. Aufl., Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 1968 [1883].
- LUZÓN PEÑA D.-M., *Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt?*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 165 (2018), 520-528.
- MAIWALD M., *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *Juristische Schulung*, 21 (1981), 473-83.
- MAIHOLD H., *Jenseits weltanschaulicher Ideologien? – Zur Einführung und Begründung der allgemeinen Nothilfepflicht im Schweizerischen Strafrecht*, in VON HIRSCH A., NEUMANN U., SEELMANN K. (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2013, 131-54.
- MALEC A., *The Is-Ought Problem and Legal Rationality*, in *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 24 (2007), 7-13.
- MANNING M., MEWETT A. W., SANKOFF P., *Criminal Law*, 4. ed., Markham, Lexis Nexis, 2009.
- MAYAUD Y., *Droit Pénal Général*, 6. ed., Paris, PUF, 2018.
- MIR PUIG S., *Derecho Penal: Parte General*, 10. ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2016.
- MOORE M.S., *Act and Crime*, Oxford University Press, 1993.
- MUÑOZ CONDE F., GARCÍA ARÁN M., *Derecho Penal: Parte General*, 9. ed, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.
- NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, 111 (1938), 1-63.
- OLDNALL RUSSELL W., RYAN E., *Rex v. John Friend and Anne his wife*, in OLDNALL RUSSELL W., RYAN E., *Crown Cases Reserved for Consideration and decided by the Twelve Judges of England from the year 1799 to the year 1824*, London, Butterworth 1825, 20-2.
- ORMEROD D.C., LAIRD K., *Smith, Hogan and Ormerod's Criminal Law*, 15. ed., Oxford University Press, 2018.
- PAWLIK M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- PAWLIK M., *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, de Gruyter, 2002.
- PAWLIK M., *Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 142, (1995), 363-4.
- PEDOTTI E., *Die Unterlassung der Nothilfe mit besonderer Berücksichtigung des geltenden und künftigen schweizerischen Rechtes*, Aarau, Sauerländer, 1911.
- von der PFORDTEN D., *Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten*, in VON HIRSCH A., NEUMANN U., SEELMANN K. (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2013, 103-15.
- POLITOFF I., KOOPMANS E., RAMÍREZ J.B., *Chile*, in *International Encyclopaedia of Laws: Criminal Law*, Kluwer Law International, 1999, 79.

- PRADEL J., *Droit pénal comparé*, 4. ed., Paris, Dalloz, 2016.
- PRADEL J., *Droit pénal général*, 21. ed., Paris, Dalloz, 2016.
- PRADEL J., DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, 7. ed., Paris, Éditions Cujas, 2017.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, 7. ed., Torino, Giappichelli, 2017.
- REBUT D., *Omissions de porter secours – Entrave aux mesures d'assistance*, in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, (2017) [2003].
- ROACH K., *Criminal Law*, 7. ed., Toronto, Irvin Law, 2018.
- ROACH K., BERGER B.L., CUNLIFFE E., STRIBOPOULOS J., *Criminal Law and Procedure*, 10. ed., Toronto, Emond Montgomery, 2010.
- ROBINSON P.H., *Criminal Liability for Omissions: A Brief Summary and Critique of the Law in the United States*, in *New York Law School Law Review*, 29 (1984), 101-27.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 2004.
- ROXIN C., *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, München, C.H. Beck, 2003.
- SCHAFFSTEIN F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in DAHM G. (Hrsg.), *Grundlagen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1935, 108-42.
- SCHIFF D., *Samaritans: Good, Bad and Ugly*, in *Roger Williams University Law Review*, 11 (2005), 77-141.
- SCHMIDHÄUSER E., *Über Unterlassensbegriffe – Terminologie und Begriffe*, in BRITZ G., MULLER-DIETZ H. (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München, C.H. Beck, 2001, 761-82.
- SCHMIDT-KUNZEL B., *Die Unterlassungsdelikte im französischen Code Penal unter besonderen Berücksichtigungen der unechten Unterlassungsdelikte*, Freiburg, Tesi Dottorale, 1971.
- SCHMITT R., *Zur Systematik der Unterlassungsdelikte*, in *JuristenZeitung*, 14 (1959) 432-4.
- SCHÖCH H., *Zur Strafbarkeit der Behinderung von hilfeleistenden Personen*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 165 (2018), 510-519.
- SCHRÄGLE H., *Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt: eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantietypen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017.
- SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, Schwartz, 1971.
- SCHÜNEMANN B., *Zur Garantienstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, in BÖSE M., STERNBERG-LIEBEN D. (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung*, Berlin, Duncker & Humblot 2010, 303-24.
- SEELMANN K., „Unterlassene Hilfeleistung“ oder: Was darf das Strafrecht?, in *Juristische Schulung*, 35 (1995), 281-6.
- SIMESTER A.P., *Legal Theory*, Cambridge University Press, 1995.
- SIMESTER A.P., SPENCER J.R., SULLIVAN G.R., VIRGO G.J., *Simester and Sullivan's Criminal Law*, 5. ed., Oxford, Hart, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ J.M., *Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte*, in SCHÜNEMANN B., ACHENBACH H., BOTTKE W., HAFFKE B., RUDOLPHI H.-J. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, De Gruyter, 2011, 641-50.

- SILVA SÁNCHEZ J.M., *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, Grijley, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ J.M., *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión*, in *Derechos Procesales Fundamentales (Consejo General del Poder Judicial)* 4 (1999), 153-72.
- SMITH J.C., *Liability for omissions in the Criminal Law*, in *Legal Studies*, 14 (1984) 88-101.
- STEPHEN J.F., *A History of the Criminal Law of England*, III, London, MacMillan, 1883.
- STEWART M.J., *How making the Failure to assist illegal fails to assist*, in *The American Journal of Comparative Law*, 25 (1998) 385-436.
- STUART D., DELISLE R.J., COUGHLAN S., *Learning Canadian Criminal Law*, 14. ed., Toronto, Carswell 2018.
- STUCKENBERG C.-F., *Causation*, in DUBBER M., HÖRNLE T. (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, 468-89.
- TADROS V., *Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2005.
- THORBURN M., *Constitutionalism and the limits of the Criminal Law*, in DUFF R. A., FARMER L., MARSHALL S.E., RENZO M., TADROS V. (eds.), *The Structures of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, 85-105.
- VÉRON M., *Droit pénal spécial*, 15. ed., Paris, Dalloz, 2015.
- VRANKEN M., *Duty to rescue in civil law and common law: Les extrêmes se touchent?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 47 (1998), 934-942.
- WEIGEND T., § 13, in LAUFHUTTE H.W., TIEDEMANN K., RISSING-VAN SAAN R. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, xiii, 12. Aufl., Berlin, De Gruyter 2007, I.
- WILLIAMS G., *Criminal omissions – the conventional view*, in *Law Quarterly Review*, 107 (1991), 86-98.
- WILLIAMS G., *The Theory of Excuses*, in *Criminal Law Review*, 1 (1982) 732-73.
- WINKLER C.W., *Dissertatio de Crimine Omissionis*, Leipzig, Breitkopf, 1776.
- WITTMANN R., *Die unterlassene Hilfeleistung aus rechtsvergleichender und rechtsethischer Sicht*, in JOERDEN J., SCHMOLLER K. (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift Yamanaka*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017, 363-70.