

## ESAME AVVOCATO 2017

### PARERE DI DIRITTO PENALE

#### *Traccia n. 1*

13 dicembre 2017

In data 9 febbraio 2016 il Giudice Tutelare di Alfa nomina Caia amministratrice di sostegno di Tizio, affetto da demenza senile tipo Alzheimer, con il compito di gestire il trattamento pensionistico di Tizio e di impugnare, a nome di quest'ultimo, un contratto da questi stipulato nel 2015 sotto la spinta di artifici e raggiri perpetuati da terzi. In data 7 maggio 2017, a seguito delle segnalazioni provenienti da alcuni vicini, i vigili del fuoco accedono d'urgenza nell'appartamento di Tizio rinvenendolo in pessime condizioni igieniche, senza cibo e bevande e con rifiuti all'interno dell'abitazione. Tizio viene dunque ricoverato in ospedale e, a seguito della relazione pervenuta, il giudice tutelare revoca la nomina di Caia quale amministratrice di sostegno e trasmette gli atti alla locale Procura della Repubblica ipotizzando la ricorrenza del reato di cui all'art. 591 c.p. Caia, preoccupata, si rivolge ad un legale per un consulto. Il candidato assume le vesti del legale di Caia, premessi i brevi cenni sul reato di abbandono di persone incapaci, rediga motivato parere esaminando la questione sottesa al caso in esame.

#### SCHEMA LOGICO DI SVOLGIMENTO

1. **Inquadramento della fattispecie ex art. 591 c.p.**
  - a. Struttura del reato e soggetti
  - b. Bene giuridico
  - c. Condotta e Presupposti del reato
  - d. Elemento soggettivo
2. **Clausola ex art. 40, 2° co. c.p.: rapporto di causalità**
  - a. Reato omissivo improprio
  - b. Teorie operatività clausola di equivalenza
  - c. Teoria prevalente: posizione di garanzia formale e poteri sostanziali di intervento e impedimento.
3. **Applicazione coordinate al caso di specie: insussistenza del fatto.**
  - a. Mancanza di una posizione di garanzia specifica in capo all'amministratore di sostegno
  - b. Mancanza elemento oggettivo del reato → non ha commesso il fatto, perché non gravava sul medesimo alcun obbligo giuridico rilevante di assistenza della persona e di protezione del bene giuridico (artt. 357 e 411 c.c. e Cass. pen. Sez.Un., 16 febbraio 2016, n. 7974).

#### SVOLGIMENTO

Avv. Eleonora Sbuelz (*ex corsista FGLaw*)

La corretta soluzione del quesito giuridico proposto presuppone il preliminare inquadramento della fattispecie ascrivibile a Caia.

Nella descrizione dei fatti in esame, si evince come Caia venga nominata dal Giudice tutelare, in data 9 febbraio 2016, quale Amministratrice di sostegno del signor Tizio, anziano affetto da Alzheimer. Ne emerge, inoltre, un contenuto puntuale e specifico del decreto di nomina disposto dal Giudice competente, come tale diretto a garantire sia la corretta gestione del testamento pensionistico del beneficiario, sia l'impugnazione – nell'interesse di questi – di un contratto, frutto di atteggiamenti truffaldini da parte di terzi, subiti precedentemente dal medesimo.

Ciò che più rileva, tuttavia, ai fini dell'analisi del possibile rilievo penale della condotta di Caia, è la circostanza, risalente al successivo 7 maggio 2017, in relazione alla quale si descrive il signor Tizio ritrovato in stato di sostanziale abbandono presso la sua abitazione, in seguito a un accesso dei Vigili del Fuoco, effettuato su segnalazione dei vicini di casa.

*Prima facie*, dunque, parrebbe che Caia, una volta accettato e assunto l'incarico di Amministratore di sostegno del signor Tizio, innanzi al Giudice tutelare, ne abbia progressivamente trascurato la diligente esecuzione, fino al prospettato configurarsi della fattispecie di abbandono di minori o incapaci (art. 591 c.p.).

La collocazione sistematica della norma di cui all'art. 591 c.p. pone il reato tra i delitti contro la persona, fino a individuarne il bene giuridico protetto nella vita o nella incolumità fisica del soggetto passivo. L'obbligo di assistenza connesso, però, non va letto come fine a se stesso – come tipicamente sotteso alla fattispecie *ex* art. 570 c.p. – quanto piuttosto diretto a preservare il bene giuridico, dal pericolo della sua offesa (Cass. Pen., sez. V, 19 giugno 1995, n. 7003). E ciò, nei confronti di un soggetto passivo che è incapace a provvedere in via autonoma alla cura della propria persona nei suoi aspetti essenziali, perché legalmente (minore di anni quattordici) o naturalisticamente (incapace per malattia del corpo o della mente o per altro fattore) tale. Tuttavia, se nei confronti dell'infra quattordicenne il legislatore fissa una presunzione assoluta di incapacità a sé provvedere, nel caso degli altri soggetti incapaci, ne impone un accertamento in concreto.

Non è, in questa sede, superfluo evidenziare come, il signor Tizio ben rientri nella descrizione normativa in esame, essendo affetto da patologia mentale medicalmente riconosciuta – qual è l'Alzheimer - e debilitante le capacità cognitive.

Ad ogni modo, a dispetto della sua formulazione letterale, che sembra incriminare 'chiunque' compia la condotta indicata, la fattispecie normativa in realtà disegna un reato proprio, sottendendo un soggetto attivo che rivesta una particolare posizione di garanzia nei confronti della persona offesa.

Non basta, invero, che l'agente lasci volontariamente il minore o l'incapace – anche per un tempo limitato o solo in parte - in balia di se medesimo o comunque sprovvisto di qualsivoglia primaria assistenza, essendo altresì necessario che tale atteggiamento sia realizzato in violazione di uno specifico obbligo di attivarsi, imposto dall'ordinamento.

Due, pertanto, i profili d'esame.

In primo luogo, vi è quello attinente al contenuto e ai caratteri della condotta penalmente rilevante, configurabile nell'atto volontario (dolo generico) di abbandono materiale dell'incapace. Questa potrà assumere, alla stregua dei reati a forma libera, qualsiasi modalità attuativa, - attiva od omissiva - che si ponga in contrasto con l'obbligo di custodia o di cura, e sia tale da generare pericolo per il bene giuridico protetto (Cass. pen. Sez. I, 30/04/2015, n. 35814). Da ciò, l'ulteriore carattere di reato di pericolo della fattispecie in parola, ritenendo il legislatore sufficiente per il suo perfezionarsi, ai fini del rispetto del principio di offensività costituzionalmente rilevante, il solo pregiudizio potenziale all'incolumità fisica o alla vita del soggetto debole.

Appare utile, al proposito, una breve digressione d'analisi in merito alla categoria dei reati di pericolo, contrapposta a quella dei reati di danno. Nell'economia del principio di offensività, invero, ciò che consente il rispetto dei canoni di legalità e di stretta necessità dello strumento penale, è il verificarsi di un'offesa al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice. Offesa che, rapportata in astratto al valore di tale bene, può manifestarsi come pregiudizio reale o potenziale allo stesso, giustificando la bipartizione tra reati di pericolo e reati di danno.

E proprio nel secondo caso, emerge una forte anticipazione della soglia di punibilità della condotta, che concentra il suo momento consumativo nella mera minaccia ai valori protetti. Il pericolo, per questa tipologia di reati, poi, si ricordi distinto in concreto – laddove il pregiudizio potenziale viene descritto nella norma ed è elemento costitutivo della fattispecie – e astratto – dove la minaccia è considerata come implicita nella condotta e non richiede alcun accertamento concreto da parte del giudice.

Proiettando tali coordinate al caso in esame, sembrerebbe potersi affermare la natura di reato di pericolo astratto della fattispecie di abbandono di minori o incapaci, non trovando il pericolo alcuna descrizione nella norma, e ciò nonostante essendo il concretarsi del medesimo sufficiente a consumare il reato.

Sotto il profilo consumativo, più correttamente, va rilevata la natura permanente del delitto *de quo*, giacché la condotta potrà dirsi compiuta – e l'*iter criminis* completo – quando vengano meno le condizioni che impediscono l'assistenza o la cura della persona bisognosa.

Sotto il secondo profilo, poi, viene in luce la tematica dei presupposti del reato e, nello specifico, del dovere giuridico di protezione e di cura richiamato dalla disposizione normativa. Varie sono le possibili prospettazioni in astratto. In relazione al minore di anni quattordici, l'ordinamento fissa l'obbligo di attivarsi in capo a ciascun soggetto si trovi in una relazione – non solo giuridica, ma – anche materiale di vicinanza e custodia del minore, che non sia necessariamente preesistente. Diverso è il caso dell'*infra* diciottenne, per la protezione del quale l'ordinamento penale fa scattare la responsabilità dell'agente solo nel caso in cui questi sia affidatario del primo, per ragione di rapporto di lavoro che vada svolto all'estero. Per gli altri soggetti incapaci (perché fisicamente o mentalmente inetti alla cura di sé), invece, si pone necessario individuare un pregresso obbligo di attivarsi, che può estendersi a ogni fonte giuridicamente rilevante (contratto, disposizione di legge, provvedimento giudiziale ecc.).

Nei confronti del signor Tizio, dunque, per poter riscontrare la penale responsabilità di Caia, appare necessario verificare l'esistenza di un obbligo di agire di quest'ultima, connesso a una specifica posizione di garanzia.

Per comprendere, tuttavia, i meccanismi di responsabilità della fattispecie è necessario inquadrare correttamente tale profilo d'indagine all'interno dell'istituto della causalità omissiva. Ogni qualvolta, infatti, il legislatore richiami un obbligo di agire in capo al singolo, a tutela di determinati beni giuridici, si proietta la configurazione di una fattispecie omissiva. Essa sarà propria, come duplice lato della medaglia dei reati commissivi di pura condotta, laddove la legge richieda il solo mancato compimento dell'azione descritta e comandata dalla norma di parte speciale, senza che rilevi il verificarsi di un evento naturalistico. Sarà fattispecie omissiva impropria, a *pendant* dei reati commissivi di evento e a forma libera, laddove il nucleo della condotta sia nel mancato impedimento dell'evento naturalistico offensivo del bene protetto. È in questo secondo caso, dunque, che opera la clausola di equivalenza racchiusa nell'art. 40, 2° co. c.p., che equipara – ai fini del nesso causale – il non impedire il verificarsi di un evento, al suo cagionarlo. Nell'ottica di selezione delle condotte rilevanti, di delimitazione dell'area del penalmente rilevante e di tutela della libertà d'agire dei singoli, tuttavia, il legislatore circoscrive l'effettività di questa equipollenza al solo verificarsi di alcuni requisiti.

Ai fini che qui interessa, in particolare, sarà sempre necessaria l'individuazione di una posizione di garanzia in capo al soggetto agente. Ciò che si intende con tale locuzione è da sempre stata oggetto di dibattito dottrinale. Da un lato, si è affermata in passato la teoria formale dell'obbligo, che fa leva sulla giuridicità della fonte dell'obbligo di attivarsi, individuandola esclusivamente nella legge – penale o extrapenale –, nel contratto, nella precedente azione pericolosa ovvero nell'assunzione volontaria della posizione di garanzia da parte dell'agente. Dall'altro lato, la contrapposta teoria funzionale, che assume il criterio sostanziale della effettiva signoria dell'agente sulla situazione di fatto che dà luogo al pericolo per il bene protetto. A prevalere su entrambe, in definitiva, è stata la tesi mediana, che coniugando requisiti formali e sostanziali, individua i caratteri fondamentali dell'obbligo di garanzia in parola. Lo stesso dovrà essere, giuridicamente rilevante, specifico e diretto a determinate categorie di soggetti che si trovino in un particolare rapporto di vicinanza con il bene protetto. Deve, poi, porsi a tutela non di tutti i consociati, ma soltanto di quei soggetti che si trovino incapaci di un'adeguata autotutela. Nondimeno, potrà dirsi rilevante soltanto

L'obbligo di attivarsi innanzi a una situazione tipica di pericolo, soltanto laddove il soggetto agente sia titolare di effettivi poteri di impeditivi, di vigilanza e intervento e sia nella possibilità materiale di esercitarli.

Giova allora ricondurre le descritte coordinate al caso in esame, onde verificare la natura e la portata della posizione di Caia nei confronti del signor Tizio.

Ferma la sussistenza di una condotta materiale di abbandono (nel non aver quantomeno segnalato agli organi competenti la necessità di cure appropriate della persona) di certo, sotto un profilo formale, la stessa può dirsi titolare di una posizione di garanzia nei confronti del beneficiario, la cui fonte deriva direttamente dal provvedimento giudiziale di nomina ad Amministratore di sostegno. Va inteso, tuttavia, il reale contenuto di tale posizione e del relativo obbligo di agire, alla luce del decreto di nomina e delle norme civilistiche a richiamo della disciplina dell'istituto dell'Amministrazione di sostegno.

Sotto il primo versante, è necessario evidenziare la peculiarità dell'istituto in parola, modellabile in ragione delle esigenze di ciascun caso concreto, e tale da assegnare diversi e puntuali poteri e obblighi in capo all'Amministratore, specificamente descritti nel decreto del Giudice. Appare chiaro che, nel caso di specie, le disposizioni contenute nel provvedimento giudiziale siano state rivolte alla cura dei soli profili patrimoniali attinenti alla sfera del beneficiario signor Tizio. Si parla, infatti, di *'gestire il testamento pensionistico e di impugnare un contratto'*.

Sotto il versante normativo, poi, occorre richiamare l'art. 357 c.c., in combinato disposto con l'art. 411 c.c., a disciplina, quest'ultimo, delle norme operanti in materia di Amministrazione di sostegno.

Non si rinviene, invero, alcuna disposizione di legge che imponga all'Amministratore di sostegno uno specifico obbligo di assistenza e cura personale del soggetto amministrato, invece, limitato alla gestione e cura del profilo patrimoniale del medesimo. Pur sussistendo un dovere di rendicontazione periodica al Giudice tutelare sull'attività di gestione patrimoniale svolta e sullo stato generale di benessere personale del beneficiario, non è in alcun modo sovrapponibile, invero, tale posizione di garanzia, con quella propria del tutore. Quest'ultimo, a differenza del primo, infatti, agisce a protezione non solo del patrimonio, ma anche della persona dell'incapace. Ai sensi dell'art. 357 c.c., il tutore rappresenta il minore o l'interdetto e ne amministra legalmente il patrimonio, essendo altresì tenuto al compimento di tutte le attività materiali necessarie per soddisfare le esigenze di vita, di formazione e di cura e sviluppo del soggetto tutelato. Ed è questa, norma non applicabile anche alla figura dell'Amministratore di sostegno, per espresso mancato richiamo alla medesima operato dall'art. 411 c.c.

Sul punto si è espressa anche la più recente giurisprudenza, affermando che, in assenza di diverse disposizioni contenute nel decreto di nomina – che definisce in concreto i poteri dell'Amministratore, delineandone puntualmente gli obblighi di intervento nei confronti del beneficiario – non sussiste una posizione di garanzia in capo all'Amministratore rispetto ai beni vita e incolumità personale del soggetto incapace (Cass. pen. Sez.Un., 16 febbraio 2016, n. 7974).

Caia non potrà, pertanto, essere imputata del reato *ex* art. 591 c.p., per assenza dello stesso profilo materiale del reato.