

La posizione di garanzia nei reati omissivi impropri: teorie a confronto

Autore: Redazione

In: Diritto penale

Il reato omissivo improprio è il reato addebitabile al soggetto che, posto in una posizione di garanzia che gli imponga di impedire il verificarsi di un determinato evento, non compie l'azione necessaria perché l'evento sia evitato. La responsabilità penale per il reato omissivo improprio presuppone quindi la posizione di **garante** dell'autore del reato.

Onde evitare un'estensione incontrollata dell'area del penalmente rilevante, occorre tracciare con attenzione i confini del presupposto della posizione di garanzia nel reato omissivo improprio.

Posizioni di controllo e posizioni di protezione

A tal fine si distingue tra posizioni di controllo posizioni di protezione.

Le posizioni di **controllo** sono quelle riferite al controllo di una **fonte di pericolo** e presuppongono in capo al garante l'esistenza di una **posizione di dominio** sull'oggetto del controllo.

Le posizioni di **protezione** presuppongono l'affidamento al garante del compito di tutelare determinati beni da pericoli esterni. Può trattarsi di beni il cui titolare è incapace di tutelare autonomamente i propri interessi.

La posizione di garanzia secondo le tesi recessive

Il tema della sussistenza della posizione di garanzia ha rilevanza centrale tanto con riferimento alla **responsabilità penale nel reato omissivo improprio monosoggettivo**, quanto in relazione al concorso omissivo nel reato commissivo (cioè nell'ipotesi in cui l'evento che si ha l'obbligo di impedire coincide con la commissione di un reato da parte di altri).

Al fine di delineare i criteri di identificazione della posizione di garanzia sono emerse tre grandi impostazioni.

Una prima teoria identifica la posizione di garanzia assegnando rilievo esclusivamente alla **giuridicità della fonte**. L'art. 40, comma 2, c.p., del resto, fa espresso riferimento all' "obbligo **giuridico** di impedire l'evento". Il principio di legalità e di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., inoltre, impone che tutti gli elementi costitutivi debbano avere un saldo ancoraggio normativo, compresa la posizione di garanzia dell'autore del reato.

In base a questa tesi, la posizione di garanzia potrebbe dunque trovare la propria fonte: (i) nella **legge** penale o extrapenale; (ii) nel **contratto** (giacché ex art. 1372 c.c. il contratto a forza di legge tra le parti).

Non costituirebbero invece fonti della posizione di garanzia i **regolamenti** (che potrebbero soltanto concorrere a specificare elementi della fattispecie di reato in chiave tecnica).

In base ad un secondo orientamento la posizione di garanzia non discende necessariamente da una previsione legislativa. La posizione di garanzia dovrebbe ritenersi gravante su chiunque abbia la **effettiva possibilità di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento**.

Come è evidente, tale impostazione confligge chiaramente con il principio con il principio di legalità e di riserva di legge in materia penale.

In ogni caso, entrambe le tesi appena delineate estendono eccessivamente l'area del penalmente rilevante, ragion per cui è sempre più diffusa l'adesione alla **teoria c.d. "mista"**.

Teoria mista: il punto di approdo

In assenza di puntuali indicazioni normative a livello primario, la posizione di garanzia rilevante ai fini di poter ravvisare un reato omissivo improprio deve essere individuata facendo riferimento ai **principi costituzionali** che governano il diritto penale.

In base all'art. 25, comma 2. Cost. "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Il **principio di riserva di legge** impone quindi che vi sia una fonte legale dell'obbligo di garanzia. Occorre cioè che sia possibile ravvisare una norma di legge che ponga a carico di taluno l'obbligo di vigilare su una fonte di pericolo o di proteggere un determinato soggetto e, in ogni caso, l'obbligo di impedire il prodursi di un determinato evento.

Il **principio di precisione e determinatezza** impone che l'obbligo di garanzia sia previsto in termini puntuali, cioè attraverso una norma chiara che consenta al soggetto di prevedere le conseguenze delle proprie omissioni anche sul piano penale.

Per la stessa ragione, occorre che **i soggetti beneficiari dell'altrui obbligo di garanzia** siano

chiaramente individuati.

Il principio di precisione, combinandosi con il principio di inviolabilità della libertà personale, impone altresì che sia chiaramente individuata la **persona del garante**. La responsabilità penale non potrebbe fondarsi su una norma che ponga un obbligo di protezione a carico della generalità dei consociati.

In base all'art. 27 Cost. "la responsabilità penale è personale". In omaggio al principio di personalità della responsabilità penale stabilito dall'art. 27 Cost. occorre che la fonte normativa della posizione di garanzia riconosca i poteri giuridici che consentano al garante di impedire l'evento (c.d. **poteri giuridici impeditivi**).

In assenza di poteri giuridici impeditivi l'obbligo di vigilanza rilevate ai fini della responsabilità penale omissiva si tramuterebbe in un **obbligo di mera sorveglianza**, il cui inadempimento potrebbe avere rilievo solo sul piano della responsabilità contrattuale.

Ad esempio (per vero sostenendo una tesi minoritaria) qualcuno ha dubitato che fosse ravvisabile in capo all'**amministratore non delegato** un vero e proprio potere giuridico impeditivo con riferimento ai reati commessi dall'amministratore delegato.

Allo stesso modo, qualcuno ha negato che il **proprietario di un terreno** disponga di obblighi e poteri impeditivi rispetto a determinati reati edilizi o ambientali commessi da terzi commessi sul suo terreno.

Discorso analogo è stato svolto con riferimento alla responsabilità penale omissiva dell'**internet provider**, non essendo possibile esercitare un controllo costante sulla liceità di tutti i soggetti che operano sul web.

Ricordiamo, infine, che la posizione di garanzia è ciò che consente di distinguere la rilevanza penale del concorso omissivo dalla **mera connivenza** (priva di rilevanza penale)

La connivenza presuppone la mancanza della posizione di garanzia in capo al connivente, mentre il concorso omissivo ne presuppone la sussistenza.

In altri termini, si ha concorso per omissione quando il soggetto è gravato da una posizione di garanzia, da identificarsi facendo applicazione dei criteri illustrati supra.

La **connivenza**, invece, si ha quando un soggetto, presente fisicamente nel luogo e nel tempo della commissione del reato da parte di altri, **passivamente assista** alla perpetrazione dello stesso, senza avere l'obbligo giuridico di impedirlo.

Sul punto: "Il reato omissivo improprio: i presupposti"

<https://www.diritto.it/la-posizione-di-garanzia-nei-reati-omissivi-impropri-teorie-a-confronto/>