

Corso on - line Commissario di PS VI ed. 2015

Lezione

Il reato omissivo

Sommario: 1. I reati omissivi propri ed impropri. 1.1. I reati omissivi impropri: l'individuazione dei reati commissivi convertibili in omissivi. 2. L'obbligo giuridico di impedire l'evento. 2.1. La fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. 2.2. L'obbligo di garanzia e la differenza con l'obbligo di sorveglianza e l'obbligo di attivarsi. 3. L'obbligo giuridico di impedire l'illecito penale di un terzo: il problema della c.d. connivenza. 3.1. La posizione degli amministratori di società. - 3.2. La posizione dei componenti del collegio sindacale. 3.3. La posizione di garanzia del gestore di servizi su internet e del direttore del sito c.d. informativo: comparazione con la disciplina sulla stampa. 4. La evoluzione concettuale della causalità omissiva nella sentenza Franzese.

1. I reati omissivi propri ed impropri

Nell'ambito dello studio del *principio di materialità* (rinvio alla Lezione n. 1), a mente del quale è reato un fatto umano materialmente estrinsecantesi nel mondo esteriore (*nullum crimen sine actione*), requisito imprescindibile affinché lo stesso possa dirsi sussistente è la condotta.

Quest'ultima, com'è noto, può consistere tanto in *un'azione*, ossia in un movimento corporeo naturalisticamente percettibile ed idoneo a modificare il mondo esteriore, quanto in *un'omissione*, vale a dire in un non fare.

Volendo concentrare l'attenzione su tale seconda figura, va preliminarmente detto che un'omissione, affinché assuma rilievo per il diritto, deve consistere nel *mancato compimento di una condotta che il soggetto agente ha il dovere di porre in essere*.

Sulla scorta, quindi, di una nozione di carattere strettamente normativo, si tende a distinguere *l'omissione*, avente rilievo per il diritto penale, dalla mera *inerzia*, come tale giuridicamente irrilevante e, addirittura, costituzionalmente legittima nella misura in cui consiste in una manifestazione di libertà: mentre la seconda consiste in un *nihil facere*, la prima si sostanzia in un *non facere quod debetur*.

Dalla bipartizione della condotta in attiva e omissiva è derivata, nel tempo, la categoria del *reato omissivo*. Si tratta di una figura delittuosa dalla genesi "infelice", atteso che la sua nascita si annovera nei sistemi penali totalitari che punivano il soggetto per il semplice fatto di non adempiere agli ordini del regime: il mancato compimento dell'azione doverosa, cioè, era sinonimo di disobbedienza al regime e, quindi, comportava la conseguenza di dover punire chi non aveva rispettato la volontà di quest'ultimo.

Tuttavia, in un ordinamento giuridico ispirato ad esigenze di solidarietà e di tutela di beni di primaria importanza, questa categoria si giustifica nella misura in cui è necessario chiedere ad alcuni soggetti, particolarmente qualificati e dotati dei relativi poteri, di adottare determinati comportamenti doverosi: vuoi perché l'ordinamento ha interesse a che non vengano poste in essere certe condotte (è il caso del c.d. *reato omissivo proprio*), vuoi perché si avverte l'esigenza di proteggere determinate situazioni pericolose ovvero di offrire particolare tutela ad alcuni beni per l'impossibilità di adempiervi da parte del loro titolare (è il caso del c.d. *reato omissivo improprio*).

E' evidente, però, che al diritto non interessano tutte le omissioni, ma solo quelle che contravvengono ad un *obbligo giuridico di fare* e, al contempo, sempre che tale azione doverosa sia concretamente possibile (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Ciò detto, seguendo gli insegnamenti di autorevole dottrina, all'interno della categoria del reato omissivo si distingue tra:

- a) reato omissivo *proprio* (o di *pura omissione*), consistente nel *mancato compimento dell'azione comandata* e per la sussistenza del quale *non occorre il verificarsi di alcun evento*. Trattasi, pertanto, di reati di *mera condotta* nei quali il legislatore penale attribuisce importanza a specifiche tipologie di omissione;

- b) reato omissivo *improprio* (o di *non impedimento*), consistente nel *mancato impedimento di un evento* materiale che si aveva l'obbligo giuridico di impedire (cfr. art. 40 2° comma c.p.). Trattasi, pertanto, di reati *di evento* nei quali il legislatore non attribuisce importanza all'omissione in quanto tale, bensì nella misura in cui la stessa è causa del non impedimento e, quindi, del verificarsi dell'evento.

In realtà, la distinzione testé tracciata non è l'unica che si registra in materia. Stando, infatti, ad altra scuola di pensiero alla dicotomia reato omissivo "proprio-improprio", avendo a mente la tecnica di tipizzazione normativa utilizzata dal legislatore, corrisponde la distinzione, rispettivamente, tra *reati previsti direttamente dal legislatore penale* (sia nel codice penale che nella legislazione di settore) e *reati risultanti dalla conversione ex art. 40 2° comma c.p.* della fattispecie che punisce la condotta attiva.

Così, ad esempio, seguendo tale impostazione, il reato di cui all'art. 57 c.p. non sarebbe da annoverare, come si ritiene seguendo la tesi tradizionale, tra i reati omissivi impropri, poiché pone un obbligo di controllo in capo al direttore responsabile del periodico per evitare un determinato evento, cioè il reato del giornalista, bensì tra i reati omissivi propri in quanto previsto nell'ambito di una sola norma incriminatrice (senza dubbio tale reato prevede una responsabilità monosoggettiva del direttore per *omesso o non sufficiente controllo*, come si evince dall'*incipit* dell'art. 57 c.p., che la contrappone alla *responsabilità concorsuale*, che ricorre ogniqualvolta vi sia una partecipazione materiale o morale del direttore nell'articolo diffamatorio del giornalista; la Suprema Corte, in ordine alla posizione del direttore, ha affermato che "*Non è dubbio che il direttore responsabile di un quotidiano abbia l'obbligo giuridico di impedire la consumazione del reato di diffamazione, obbligo sancito dall'art. 57 c.p., ed è tenuto perciò a non consentire la divulgazione a mezzo stampa di notizie o considerazioni lesive dell'altrui reputazione in assenza di scriminanti, e sempre che le notizie non siano false. Pertanto, come è stato ritenuto da questa Corte con consolidato orientamento ... il direttore responsabile di un giornale, anche se non è autore materiale del reato di diffamazione, nè abbia concorso con l'autore principale in detto delitto per averne fiancheggiato dolosamente la condotta, in quanto responsabile del reato colposo omissivo-antecedente causale necessario del fatto lesivo, è tenuto a rispondere non solo del danno aquiliano ai sensi degli artt. 2043 e segg. c.c., ma anche della riparazione di cui alla Legge sulla Stampa, art. 12. In altre parole l'eventuale diffamazione si configura come l'evento dello specifico reato previsto a carico del direttore dall'art. 57 c.p., che deve ritenersi perciò stesso responsabile per il risarcimento del danno e per la riparazione di cui alla legge sulla stampa, art. 12"*: Cass. 24 febbraio 2010, n.7407; su tale responsabilità v. anche *infra* par. 3.4.).

In questa sede – è bene precisarlo – si intende seguire l'impostazione tradizionale, come tale, sposata non solo dalla dottrina maggioritaria, ma anche dalla pressoché unanime giurisprudenza.

Quanto ai reati omissivi propri, trattasi di una serie di reati previsti dal codice penale nella parte speciale (cfr., ad es., artt. 328 e 593 c.p.) e da diverse norme della legislazione speciale (cfr., ad es., art. 5 del d.lgs. n. 74/2000).

Ne sono requisiti:

- la *situazione tipica*, ossia l'insieme dei presupposti da cui scaturisce l'obbligo di agire;
- la *condotta omissiva*, consistente – come detto – nel mancato compimento dell'azione doverosa;
- il *termine*, esplicito o implicito, entro cui tale predetta azione va posta in essere.

Quanto, invece, ai reati omissivi impropri, trattasi di reati previsti tanto dalla parte speciale del codice (cfr., ad es., art. 659 c.p.) quanto nascenti dal combinato disposto della norma di parte speciale con la "clausola di equivalenza" fissata dall'art. 40 2° comma c.p., a mente del quale "*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*": per questo motivo, i reati in parola sono comunemente definiti anche reati *commissivi mediante omissione*, proprio a sottolineare che il soggetto può cagionare l'evento sia ponendo in essere una condotta attiva sia rimanendo inerte e sfruttando il divenire naturale *in rerum natura*.

Stando ad autorevole dottrina (Mantovani), requisito imprescindibile ai fini della sussistenza di un reato omissivo improprio, differentemente da quello proprio, è la "preesistenza" della qualifica soggettiva su cui poggia l'obbligo giuridico di impedire l'evento: ne deriva che, sotto il profilo del soggetto attivo del reato, mentre i reati omissivi *propri* possono essere tanto *propri* (art. 328 c.p.) quanto *comuni* (art. 593 c.p.), i reati omissivi *impropri* sono *tutti reati propri*.

La *ratio* di ciò è da individuare nel principio di legalità, sub specie di riserva di legge, tassatività e determinatezza, in virtù del quale è la legge che deve prevedere *a priori* chi è il soggetto gravato dall'obbligo di impedire l'evento.

Sono requisiti dei reati omissivi impropri:

- l'*obbligo giuridico di impedire l'evento*, comportante l'esistenza di una "fonte" da cui lo stesso scaturisce;
- il *nesso di causalità* tra l'omissione e l'evento.

Naturalmente, entrambe le categorie di reati in questione – in un'ottica ispirata alla teoria cd. bipartita – richiedono anche la presenza dell'elemento psicologico, a seconda dei casi, in termini di dolo o di colpa.

Scopo della presente lezione è approfondire la tematica relativa al reato omissivo improprio e, in particolare, alle due tematiche "calde" dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e della relativa "fonte" rinviando, invece, alle apposite lezioni lo studio delle tematiche relative al nesso di causalità ed all'elemento psicologico.

Per quanto riguarda il reato omissivo proprio si rinvia allo studio del Manuale in ordine alle questioni del *carattere istantaneo o permanente di tali reati*, nonché della *configurabilità del tentativo rispetto a tale categoria di reati* (v. CARINGELLA – DELLA VALLE – DE PALMA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2014 Dike giuridica, rispettivamente pp. 1212 ss. e 1231).

1.1. I reati omissivi impropri: l'individuazione dei reati commissivi convertibili in omissivi.

Prima di studiare gli aspetti riguardanti l'obbligo giuridico di impedire l'evento, è necessario delimitare l'**ambito di operatività** di quei reati omissivi impropri nascenti dal combinato disposto della "clausola di equivalenza" di cui all'art. 40 2° comma c.p. con la norma che prevede il reato a condotta attiva.

Il problema, infatti, che ci si pone è se tale "conversione" sia ammissibile per qualsiasi tipologia di reato ovvero soltanto per alcune.

a) Reati di condotta e di evento.

Un primo dubbio sorge con riguardo alla convertibilità in forma omissiva dei soli reati di evento ovvero anche dei reati di condotta. Ciò in quanto soltanto i primi richiedono il realizzarsi dell'evento tipico e, quindi, ammettono che lo stesso possa essere cagionato mediante omissione, mentre i secondi puniscono soltanto la condotta tenuta dal soggetto agente, con la conseguenza che, ove venisse ammessa la suddetta conversione, il soggetto andrebbe impropriamente punito per un evento che, invece, non è richiesto ed è giuridicamente ininfluenza nella forma attiva.

Autorevole dottrina ritiene che intanto è concepibile la conversione del reato commissivo in omissivo in quanto il primo sia un reato di evento. Difatti, si ritiene che l'art. 40, comma 2, c.p. sia applicabile ai soli reati che producono un effetto naturalistico, come si desume dal contenuto della norma ivi contenuta che prevede il verificarsi di un evento materiale come conseguenza di un omissione, evento che, per definizione, difetta nei reati commissivi di sola condotta.

Certo, il problema non avrebbe ragione di porsi qualora accedessimo ad una nozione di evento in senso giuridico, da intendersi, cioè, come offesa all'interesse tutelato, e non naturalistico, quale effetto naturale. Tuttavia, nel contesto dell'art. 40 c.p. l'evento non può che essere inteso in senso naturalistico, essendo lo stesso diretto a disciplinare il nesso di causalità commissiva (primo comma) ed omissiva (secondo comma), cioè tra l'azione o l'omissione e appunto l'evento naturalistico.

A tale riguardo, emblematica è la vicenda legata al delitto di **favoreggiamento personale** di cui all'art. 378 c.p., in relazione al quale si è ipotizzata l'ammissibilità del favoreggiamento omissivo. Segnatamente, ci si è chiesti se sia ammissibile una condotta favoreggiatrice posta in essere mediante una reticenza, ossia allorquando il soggetto agente tace su circostanze che potrebbero rivelarsi importanti per il prosieguo delle indagini ovvero per assicurare alla giustizia chi ha commesso il reato presupposto. Il delitto in questione, invero, è considerato di mera condotta e di pericolo, in quanto non si richiede, ai fini della consumazione, che le

indagini dell'autorità siano state effettivamente eluse o che il favoreggiato riesca a sottrarsi alle ricerche, ma è sufficiente che l'aiuto fornito all'autore del reato presupposto sia idoneo a tali fini.

La giurisprudenza tende ad ammettere la configurabilità del favoreggiamento omissivo, qualificandolo come reato a condotta mista, ritenendo che l'aiuto può concretarsi indistintamente con un'azione ovvero con un'omissione ed in questo secondo caso si sarebbe in presenza di un reato omissivo proprio (cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 18 maggio 2004, n. 31436. Sul punto si sono anche pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza del 5 giugno 2007, n. 21832) che, con riguardo alla specifica ipotesi del tossicodipendente che si rifiuta di fornire le generalità dello spacciatore che gli ha fornito la sostanza stupefacente, hanno chiarito che costui può essere ritenuto responsabile di favoreggiamento personale nella forma omissiva, vista la genericità del termine aiuto di cui alla relativa norma incriminatrice: nella pronuncia si affronta anche l'ulteriore problema della invocabilità da parte del tossicodipendente dell'esimente prevista dall'art. 384 c.p.).

Non sono mancate, peraltro, pronunce per cui la configurabilità del favoreggiamento omissivo deriva dalla conversione del reato commissivo di cui all'art. 378 c.p. in omissivo mediante il ricorso al meccanismo della conversione di cui all'art. 40, comma 2, c.p. (cfr. Cass. 25.3.2010, n. 11473, per cui se è vero che non qualsiasi dovere di collaborazione può assumere rilievo, è anche vero che ove la condotta concerna l'impedimento dell'evento delittuoso tipizzato secondo il modello delineato nell'art. 40 c.p., comma 2, il dovere si incentra in una posizione di garanzia nei confronti della giustizia penale, concernente le situazioni descritte nell'art. 378 c.p., sicché il favoreggiamento omissivo è configurabile con riguardo a soggetti intranei alle istituzioni della giustizia penale, nei confronti dei quali la legge configura una vera e propria posizione di garanzia per la normalità delle ricerche *post delictum*: fattispecie in cui l'agente di polizia giudiziaria aveva agevolato l'autore di un reato a sottrarsi alle ricerche e ne aveva ritardato la cattura, omettendo di riferire immediatamente ai suoi diretti superiori, ovvero all'autorità giudiziaria, il luogo di rifugio del ricercato). Questa soluzione si giustificerebbe solo qualora si accedesse alla tesi, sostenuta pure in giurisprudenza per cui l'evento in tale ultima norma debba essere inteso non solo in senso naturalistico, ma anche in senso giuridico (cfr., Cass., Sez. III, 29 maggio 1996, per cui l'ambito di applicazione dell'art. 40, comma 2, c.p. riguarda anche i reati con solo evento giuridico o di pura condotta).

La dottrina maggioritaria, invece, ritiene che non sia configurabile il favoreggiamento personale mediante un contegno meramente omissivo, sottolineando da un lato che il termine "aiuta", utilizzato dal legislatore nell'art. 378 c.p., è indicativo di una condotta attiva e dall'altro che l'art. 40, comma 2, c.p. ha ad oggetto soltanto l'evento in senso naturalistico, trattandosi di norma che si occupa del nesso di causalità materiale e che non esiste alcun generale obbligo per il comune cittadino di collaborare con la giustizia, sicché (ad eccezione di alcune categorie di soggetti) manca pure la fonte dell'obbligo giuridico che caratterizza i reati omissivi impropri.

b) Reati a forma libera e a forma vincolata.

Un ulteriore problema che si pone con riguardo all'ambito di applicazione del reato omissivo improprio concerne la convertibilità, mediante il sistema delineato dall'art. 40 2° comma c.p., dei soli reati *a forma libera* (o *casualmente orientati*) ovvero anche *a forma vincolata*.

E' evidente, infatti, che mentre i primi non pongono alcun dubbio, atteso che ammettono che qualsiasi condotta possa cagionare l'evento e, quindi, anche una mera omissione, i secondi destano qualche perplessità, dal momento che richiedono che il soggetto agente ponga in essere una determinata condotta attiva, analiticamente descritta dal legislatore nella norma di parte speciale.

A tale riguardo, si registra un annoso dibattito tra giurisprudenza e dottrina in relazione all'astratta configurabilità del delitto di **truffa mediante omissione**.

Com'è noto, il delitto punito e previsto dall'art. 640 c.p. – in armonia con quanto solitamente previsto in tema di delitti contro il patrimonio – individua una precisa condotta causativa dell'evento, richiedendo che la stessa si dipani attraverso "artifici e raggiri" che facciano cadere in errore la vittima.

Ebbene, anche in tal caso la giurisprudenza tende a punire il c.d. "silenzio malizioso", serbato dal soggetto contraente, in relazione a circostanze sfavorevoli in prospettiva della conclusione del contratto. Si precisa che l'inganno deve consistere nel tacere circostanze che il soggetto attivo aveva l'obbligo giuridico di far conoscere all'ingannato e, in alcune pronunce, la fonte dell'obbligo giuridico di garanzia viene individuata nell'art. 1337 c.c. che, com'è noto, fissa la regola del *clare loqui* in materia di buona fede contrattuale.

Sul punto, si registrano tre interessanti pronunce della Corte di Cassazione. Per Cass. pen. 6 dicembre 2006, n. 40238, "In tema di delitto di truffa, costituisce raggiro il comportamento del soggetto, che, nella qualità di amministratore di una società, ne venda alcune quote omettendo di riferire all'acquirente, determinatosi all'affare per le prospettive di guadagno derivanti dall'essere quella società controllante di altra a rilevante capitale pubblico e con florida situazione economico-patrimoniale, i rischi di un'eventuale e futura revocatoria fallimentare avente ad oggetto le quote di partecipazione della società ceduta nella controllata, perchè la revocatoria fallimentare colpisce un negozio fraudolento, che presuppone il "consilium fraudis" in capo al soggetto agente". Secondo Cass. pen., sez. II, 11 ottobre 2005, n. 39905, "In materia di truffa contrattuale, anche il silenzio, maliziosamente serbato su alcune circostanze rilevanti sotto il profilo sinallagmatico da parte di colui che abbia il dovere di farle conoscere, integra l'elemento oggettivo del raggiro, idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti avrebbe negato" (nella specie il promissario acquirente non era stato reso edotto dal promissario venditore della pendenza di un processo esecutivo sull'immobile per un ammontare molto ingente, superiore allo stesso prezzo pattuito, destinato a sfociare nella vendita all'asta). Stando, invece, a Cass. pen., sez. II, 23 maggio 2006, n. 19996, "In tema di truffa contrattuale, la condotta illecita è integrata dall'omissione del contraente alienante, che consapevolmente non renda edotta la controparte acquirente dell'esistenza di un precedente contratto di vendita dello stesso bene in favore di terzi, a nulla rilevando l'eventuale invalidità del precedente contratto" (nel caso in particolare veniva addebitato all'imputato di essersi spacciato per proprietario di un immobile tacendo – per questo si parla di "truffa omissiva" – l'invalidità del relativo atto d'acquisto a monte: con la conseguenza, quindi, di essere soltanto il conduttore dello stesso).

La soluzione adottata dalla giurisprudenza in relazione alla truffa ex art. 640 c.p. contrasta con quanto stabilito da un certo orientamento giurisprudenziale, in tema di rapporti tra gli artt. 640 bis e 316 ter c.p., per cui il reato di cui a quest'ultimo articolo, a differenza della circostanza aggravante di cui al primo, punisce il mero contegno omissivo di non rendere le informazioni dovute (oltre che la mera menzogna) non accompagnato da ulteriori condotte maliziose, lasciando inferire che il reato di truffa per via meramente omissiva non possa essere commesso altrimenti non si giustificerebbe l'introduzione del reato di cui all'art. 316 ter c.p. in un sistema che prevedeva la circostanza aggravante speciale di cui all'art. 640 bis del reato base previsto dall'art. 640 c.p. che già puniva il contegno omissivo. Peraltro, la giurisprudenza sembra oramai orientata a definire diversamente i rapporti tra i suddetti articoli (v. CARINGELLA - DE PALMA, *Lezioni e sentenze di diritto penale, parte speciale*, 2012, Lezione P2), non consentendo così di trarre il suddetto corollario (v. su quest'ultimo orientamento, Cass. 13 settembre 2011, n. 33841, che da un lato sostiene, in uno alla giurisprudenza ormai costante, che *"la linea di discriminazione tra il reato di indebita percezione di pubbliche erogazioni e quello di truffa aggravata finalizzata al conseguimento delle stesse va ravvisata nella mancata inclusione tra gli elementi costitutivi del primo reato della induzione in errore del soggetto passivo, sicché qualora l'erogazione consegua alla mera presentazione di una dichiarazione mendace senza costituire l'effetto dell'induzione in errore dell'ente erogante circa i presupposti che la legittimano, ricorre la fattispecie prevista dall'art. 316-ter c.p. e non quella di cui all'art. 640-bis c.p."*, e dall'altro ribadisce che *"pure il silenzio o il mendacio possono assumere natura fraudolenta ed integrare l'elemento oggettivo del reato di truffa"*).

La dottrina prevalente, invece, esclude l'ipotizzabilità di una truffa omissiva facendo leva sull'indicata inconciliabilità dell'omissione con la condotta vincolata prevista dall'art. 640 c.p.

2. L'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Applicazione paradigmatica del *principio di legalità*, ai fini della sussistenza del reato omissivo improprio nell'ipotesi data dal combinato disposto dell'art. 40 2° comma c.p. con la

norma di parte speciale, si richiede che il soggetto agente sia titolare di un preesistente obbligo giuridico di impedire l'evento.

Due sono sempre stati i problemi concernenti tale requisito:

- l'individuazione della relativa fonte;
- *l'ubi consistam*, onde distinguerlo dai limitrofi concetti dell'obbligo *di sorveglianza e di attivarsi*.

Procedendo con ordine, quanto all'individuazione della "fonte" dell'obbligo in questione, si sono registrate nel corso degli anni tre diverse teorie.

2.1. La fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Secondo una prima **teoria c.d. formale** un obbligo rilevante ai sensi dell'art. 40 2° comma c.p. può nascere in virtù della pregressa previsione da parte della legge *lato sensu* intesa, ossia non solo da parte di quest'ultima (comprensiva della norma extrapenale), ma anche da parte del contratto (art. 1372 c.c.), della *negotiorum gestio* (art. 2028 c.c.) e, secondo alcuni, della precedente attività pericolosa.

Sebbene meritevole di apprezzamento per il pregevole intento garantista da cui è mossa, questa teoria è stata sottoposta a dura critica per diversi motivi. Innanzitutto, si è rimarcata una subordinazione del diritto penale rispetto ad altri settori dell'ordinamento nel momento in cui si attribuisce il ruolo di "fonti" degli obblighi in questione anche a norme di rango "extrapenale". Ma, soprattutto, si è osservato come la "fredda adesione" a criteri di tipo formale porti a delle conseguenze inaccettabili: da un lato, si tende a trascurare del tutto il rilevante aspetto dell'effettiva presa in garanzia del bene, fomentando il rischio che il soggetto possa essere chiamato a rispondere anche allorquando non abbia "preso in carico" il bene protetto; dall'altro lato, al contrario, si tende a far dipendere la sorte degli obblighi in questione dagli eventuali problemi di invalidità del contratto, pur in presenza della presa in carico del bene.

Al fine di porre rimedio a tali inconvenienti, sul fronte opposto si posiziona una seconda **teoria c.d. funzionale** che, in una visione sostanzialistica del problema e, quindi, completamente avulsa da considerazioni relative alla "giuridicità" della fonte, attribuisce rilievo non già ad un obbligo formale di impedire l'evento, quanto a quello dell'esistenza di una sostanziale posizione di garanzia, ritenuta sussistente nel caso in cui il soggetto-garante possieda un "potere di signoria" in ordine alla possibile verifica di determinati eventi lesivi a danno del bene protetto. Ne consegue che la posizione di garanzia è costituita da uno speciale vincolo di tutela che si crea tra garante e bene giuridico in virtù di quella effettiva "presa in carico" del secondo da parte del primo, trascurata dalla teoria formale.

Anche tale teoria, sebbene meritevole di menzione nella misura in cui ha posto l'attenzione sul rapporto che deve necessariamente crearsi tra soggetto gravato dall'obbligo e bene protetto e, quindi, sull'esistenza di un'effettiva sfera di "dominio", con la conseguenza di evitare l'insorgenza di vere e proprie responsabilità di posizione, si presta facilmente a critica per il fatto di trascurare completamente la fonte della suddetta posizione e, quindi, di configgere con il *principio di legalità*.

Per questo motivo, tra i due antipodi, ancora una volta, appare preferibile – per il suo carattere mediano e per la sua capacità di conciliare le opposte esigenze di legalità e di effettività della garanzia – una terza **tesi c.d. formale-funzionale**, stando alla quale, tra le varie situazioni di obbligo di garanzia gravanti sul soggetto agente, naturalmente previste *ex lege*, vanno considerate soltanto quelle in cui lo stesso abbia effettivamente preso in carico il bene da tutelare.

Così opinando, mentre si presta ossequio al principio di legalità attraverso la ricerca di una fonte "legale" generatrice dell'obbligo di garanzia, al contempo, si correggono gli errori di un approccio soltanto formale con la messa in evidenza della necessaria individuazione di una relazione funzionale intercorrente tra obbligato e bene protetto.

Quanto alla giurisprudenza, può dirsi che da sempre tende ad oscillare tra le tre tesi: pur prevalendo le ipotesi in cui si è fatto ricorso alle teorie formale e mista (basti pensare, rispettivamente, alla responsabilità di amministratori e sindaci ovvero a quella del medico chirurgo), non sono mancate pronunce che, mosse dall'esigenza di fare giustizia, tradivano una latente adesione alla teoria sostanziale.

A tale preciso riguardo, va dato atto di una recente pronuncia della Suprema Corte secondo cui *“Tra le fonti dell’obbligo di garanzia...rientrano anche le fonti convenzionali, tra le quali sono da ricomprendere non solo i contratti tipici, ma anche gli atti negoziali atipici e le **iniziative volontarie unilaterali assunte di fatto pur in assenza di uno specifico obbligo giuridico**”* (Cass. pen., sez. IV, 22 maggio-4 luglio 2007, n. 25527, in dispensa e pubblicata sul sito www.ildirittoconcorsi.it, con nota di Michele Ciociola).

Nel caso sottoposto al vaglio dei Giudici di Legittimità, un ragazzo era stato tratto a giudizio e condannato per il reato di cui all’art. 589 c.p. perché, in occasione di una cena organizzata in un rifugio di montagna, si era offerto di accompagnare gli avventori “nottetempo” a valle. Nell’occasione due ragazze, a bordo di uno slittino, erano uscite fuori pista e, dopo aver sbattuto ad un albero, una di esse era morta. La Corte, nel confermare la sentenza di condanna, ha avuto modo di precisare che la circostanza secondo cui, pur in assenza di un contratto, il giovane avesse di fatto assunto l’obbligo di condurre a valle gli avventori era sufficiente a ritenere esistente l’obbligo di garanzia e, quindi, a ritenerlo responsabile per il decesso della donna.

Evidente, in tal caso, l’adesione della Suprema Corte alla tesi sostanzialista anche se, guardando all’iter argomentativo, sembrerebbe trasparire un tentativo di formalizzare sotto le spoglie della *negotiorum gestio* il rapporto intercorso tra imputato e clienti del rifugio.

Un altro “banco di prova” attraverso cui sondare l’opzione per l’una o l’altra teoria è costituito dal famoso tema delle “cinture di sicurezza”. A tal proposito, la giurisprudenza della Cassazione è ormai unanime nel ritenere che, pur in assenza di una norma specifica che lo imponga, *“...l’automobilista ha l’obbligo giuridico di far allacciare le cinture di sicurezza ... è comunque obbligato ... ad esigere che il passeggero indossi le cinture e, in caso di sua renitenza, a rifiutarne il trasporto o ad omettere l’intrapresa della marcia...”* (cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 12 settembre 2006, n. 30065). Ne deriva che, qualora non adempia a ciò e si verifichi un incidente, egli sarà ritenuto responsabile delle lesioni (o della morte) occorse al passeggero. Guardando con la lente di ingrandimento del diritto civile all’esempio appena riportato, può giustificarsi tale orientamento sostenendo che in questo caso sussiste un rapporto di natura *lato sensu* contrattuale sorto – non importa se a titolo di cortesia o amichevole – tra guidatore e terzo trasportato (sulle implicazioni relative alla teoria del “contatto sociale” si rinvia all’apposita lezione di diritto civile).

Ritornando all’analisi delle singole teorie e dopo aver manifestato il nostro *favor* per la teoria cd. mista, però, è doverosa una precisazione.

Infatti, è necessario stabilire *a priori* quali tipi di evento il garante è tenuto ad evitare, atteso che non ogni evento può essergli addebitato, ma soltanto quello concernente l’obbligo di garanzia assunto. Emblematico, a tale riguardo, è un recente arresto della giurisprudenza di legittimità, secondo cui *“Nei reati colposi omissivi impropri l’**accertamento della colpa non può prescindere dalla individuazione della posizione di garanzia**, cioè della norma che impone al soggetto, cui si imputa la colpa, di tenere quel comportamento positivo la cui omissione ha determinato il verificarsi dell’evento”* (Cass. pen., sez. IV, 27 febbraio 2004, n. 24030, in dispensa). Nella specie la Cassazione ha escluso la responsabilità per il reato di omicidio colposo del sindaco e degli organizzatori di una manifestazione, per l’incidente occorso ad un giovane che, nel tentativo di scalare un pennone da bandiera installato nella piazza del comune e utilizzato per lo stesso evento, cadeva procurandosi lesioni mortali, in quanto nei confronti di tali soggetti non è stata individuata alcuna condotta omissiva in rapporto causale con il decesso, né ad essi è stato possibile imputare l’inosservanza di comportamenti positivi imposti da norme di legge o da disposizioni contrattuali ovvero una responsabilità in dipendenza di un’attività pericolosa, dal momento che solo l’uso improprio del pennone ha reso pericoloso un oggetto che nella sua naturale destinazione era del tutto innocuo.

2.2. L’obbligo di garanzia e la differenza con l’obbligo di sorveglianza e l’obbligo di attivarsi.

Quanto al secondo problema, sollevato dalla figura dell’obbligo giuridico di garanzia, esso – conformemente agli insegnamenti della teoria sostanzialista – comporta la possibilità per il soggetto agente di impedire l’evento e, pertanto, va tenuto distinto dai limitrofi concetti dell’obbligo *di sorveglianza e di attivarsi*.

Come insegna autorevole dottrina (Mantovani), infatti, l’obbligo di garanzia è l’obbligo *giuridico*, gravante su *specifiche categorie predeterminate* di soggetti *previamente* forniti degli