

# MODULO DI PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE

## Principio di Legalità

Scopo: Vincolare l'esercizio di ogni potere alla legge quale massima espressione del principio democratico

Quattro corollari del principio di legalità

1. Riserva di legge
2. Tassatività
3. Irretroattività
4. Divieto di analogia

### 1) Riserva di legge:

#### **Art 25, comma 2, Costituzione**

*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.*

#### **Art. 1 codice penale**

*Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.*

Antico brocardo latino = *nullum crimen sine lege* ossia nessun crimine senza una legge (ne consegue che nessun fatto umano può essere punito a livello penalistico se prima quel comportamento non è considerato come punibile).

L'art. 1 del codice penale si occupa però anche della pena in quanto sono due gli aspetti rilevanti: il comportamento che va sanzionato e la sanzione. Ciascuno deve essere punito con sanzioni previste per legge altrimenti si cadrebbe nell'arbitrio.

Per cui sia il fatto che la sanzione sono soggetti alla riserva di legge quale massima garanzia di democraticità della scelta.

La Riserva di legge può essere assoluta o relativa

- Riserva di legge assoluta = alla legge spetta in esclusiva ogni regolamentazione della materia in ogni suo particolare
- Riserva relativa di legge = alla legge spetta il compito di delineare le scelte di fondo e poi alle fonti normative secondarie spetta il compito di specificare i dettagli tecnici

Esempio: la legge indica che l'utilizzo di sostanze dopanti costituisca un divieto, mentre i decreti ministeriali indicano quali sono le sostanze che possono qualificarsi come dopanti.

Per cui la fonte primaria indica la scelta di fondo, mentre la fonte secondaria ne disciplina il dettaglio tecnico.

- Il principio di legalità dei reati è soggetto alla riserva di legge relativa
- Il principio di legalità della pena è soggetto alla riserva di legge assoluta

Il concetto di legge ricomprende:

- legge ordinaria del parlamento
- decreto legislativo
- decreto legge

## **2) Tassatività:**

Il principio di tassatività comporta che il comportamento che è ascrivibile ad un fatto punibile deve essere indicato in termini chiari e precisi in modo tale da non potersi avere dubbio sull'eventuale punibilità di comportamenti simili ma non uguali, impedendo per altro il soggettivismo del giudice nonché il ricorso alla analogia.

Il fatto punibile va indicato in ogni elemento costitutivo sia soggettivo che oggettivo

### **Esempio: reato di furto ex art. 624 c.p.**

*Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da centocinquantaquattro euro a cinquecentosedici euro.*

*Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico*

L'interpretazione della legge penale, poiché incide sulla libertà personale è rigida, l'ordinamento giuridico si fonda sul principio che "tutto ciò che non è vietato è lecito". Questo principio come abbiamo visto non è tuttavia applicabile in materia civile, ove è prevista la punibilità in termini risarcitori di chiunque cagioni ad altri, con dolo o colpa, un danno ingiusto (art. 2043 c.c.).

## **3) Irretroattività:**

### **Art. 2 Successione di leggi penali**

*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.*

*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali.*

*Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.*

*Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.*

**Primo comma:** *Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.*

Ne consegue che se dopo la commissione del fatto cambia la legge e questa è meno favorevole, in ogni caso non si può applicare

Il divieto di retroattività opera non solo riguardo la legge sostanziale ma anche nei riguardi della legge processuale poiché si viene puniti non solo attraverso la norma sostanziale ma anche attraverso le norme del procedimento con il quale si accertano le ragioni della punibilità

**Secondo comma:** *Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali.*

Sarebbe invero contraddittorio ed irragionevole continuare a punire l'autore di un fatto che ora è tollerato dalla società

Attenzione, può accadere che la norma cronologicamente posteriore non abroghi interamente quella originaria ma semplicemente ne ridefinisca il contenuto dando vita al fenomeno della successione delle leggi nel tempo. In questo caso la nuova norma ritaglia un'area della prima ma con l'aggiunta di elementi integrativi che ne disciplinano l'ambito di applicazione, per cui in assenza di questi elementi integrativi il comportamento sarebbe comunque punibile.

- Art. 416 c.p.
- Art. 416 bis c.p.

## Principio di offensività

Nel nostro ordinamento ad oggi manca una norma che esplicitamente enunci il principio di offensività. Lo si riconosce come principio immanente al sistema penale.

Parte della dottrina lo desume dall'art. 49 per il quale la punibilità è esclusa quando per la inidoneità dell'azione e per l'inesistenza dell'oggetto di essa è impossibile l'evento dannoso.

Non può esservi reato senza l'effettiva lesione o la messa in pericolo del bene giuridico!

Si è assistito poi dagli anni settanta alla costituzionalizzazione del principio di offensività: le norme chiave sono l'art. 25 comma 2 e l'art. 27 comma 1 e 3.

Il reato non si fonda su di un mero atto di infedeltà allo Stato ma di un fatto socialmente dannoso un fatto oggettivamente lesivo

Il principio di delinea sotto un duplice aspetto:

1) *funge da criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili* OFFENSIVITA' IN ASTRATTO

Esso impegna il legislatore a costruire fattispecie incriminatrici che dal punto di vista strutturale incorporino un'offesa a uno o più beni giuridici

2) *si atteggia a criterio giuridiziaro – interpretativo* OFFENSIVITA' IN CONCRETO

impegna il giudice in sede applicativa a qualificare come reati soltanto fatti che siano anche in concreto idonei ad offendere beni giuridici.

La distinzione tra OFFENSIVITA' IN ASTRATTO ed OFFENSIVITA' IN CONCRETO è stata affermata anche dalla Corte Costituzionale

Offensività in astratto= La norma deve esprimere in astratto un contenuto lesivo o comunque la messa in pericolo del bene giuridico

Offensività in concreto= il giudice deve accertare che il fatto abbia effettivamente leso il bene o l'abbia messo in pericolo

Il principio di offensività subordina l'applicazione della norma incriminatrice all'offesa del bene giuridico protetto; con esso si vuole evitare di punire la mera disubbidienza.

Per offesa si deve intendere sia la lesione del bene (nocumento effettivo) che la messa in pericolo (nocumento potenziale).

Gli autori che maggiormente hanno sostenuto l'importanza del principio di offensività, sono coloro che hanno elaborato la c.d. concezione realistica del reato, il quale quindi può esistere nei limiti in cui realmente offenda un bene giuridico.

Il principio di offensività si rivolge in primis al legislatore imponendogli di prevedere reati che puniscono fatti non realmente offensivi ed in secundis il giudice che deve verificare che un fatto arrechi realmente offesa ad un determinato bene giuridico.

In sostanza il principio opera su due piani: il legislatore deve prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo che dovranno poi essere verificate nel caso di specie dal giudice.

La Corte Costituzionale si è occupata del principio di offensività nel 1986 rinvenendo il suo fondamento nell'art. 49, comma 2 del C.P. e non nella Costituzione.

La mancanza di offensività non costituisce questione di costituzionalità ma implica un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario.

La sentenza in ogni caso esortava i giudici ad interpretare le norme incriminatrici nell'ottica del principio di offensività.

Con la pronuncia 30/2007 la Corte Costituzionale sostiene che il principio di offensività si rivolge anche al legislatore e non solo all'interprete. Per tanto se da un lato il giudice è tenuto ad accertare in concreto se vi sia stata o meno offesa al bene giuridico, dall'altro lato il legislatore deve prevedere norme incriminatrici che sanzionino fatti realmente offensivi.

Invero un reato che punisce la mera disobbedienza e che non tutela alcun bene giuridico collide con il principio di offensività che trova tutela anche costituzionale negli articoli 13 e 25, comma 2, della Costituzione.

Non esiste una pronuncia della Corte che si sia diffusamente soffermata sulla genesi costituzionale del principio indicando sistematicamente le norme dalle quali trae origine, tuttavia un accenno ai cardini costituzionali si rinviene proprio nella pronuncia 30/2007.

Se si aderisce alla teoria realistica del reato (secondo cui l'offesa è un elemento tipico della fattispecie) allora è ovvio che ritenere che ai fini della consumazione il perfezionamento del reato è indispensabile anche l'offesa. Rimanendo invece legati alla nozione di antigiuridicità in senso formale, si deve escludere che l'offesa sia elemento della fattispecie essendo sufficiente che il fatto corrisponda alla fattispecie incriminatrice.

Notoriamente il principio di offensività (di cui la Corte Costituzionale si occupa per la prima volta nel 1986) costituisce un canone immanente all'ordinamento giuridico penale, poichè l'applicazione di una sanzione penale transita non solo attraverso la verifica della corrispondenza del fatto concreto alla fattispecie penale predeterminata dalla norma incriminatrice, ma anche attraverso l'accertamento dell'idoneità del fatto concreto ad arrecare nocimento al bene giuridico presidiato dalla norma medesima.

Questo nocimento potrà essere effettivo laddove vi sia una lesione concreta del bene ovvero potenziale laddove vi sia la messa in pericolo del bene giuridico tutelato.

## ELEMENTI RILEVANTI DEL REATO

**Reato** = ogni fatto umano al quale la legge ricollega una sanzione penale

- **È di creazione legislativa (art. 25 comma 2)** in quanto le fonti secondarie possono soltanto contribuire a specificare elementi già legislativamente predeterminati nel loro nucleo essenziale
- **È di formulazione tassativa** perchè la legge deve fissare con la maggiore determinatezza possibile i fatti che costituiscono reato
- **Ha carattere personale** (art. 27 comma 1) non solo nel senso che è vietata ogni forma di responsabilità per fatto altrui, ma altresì che si risponde per fatto proprio colpevole

Elementi completamente diversi dalla responsabilità civilistica ove

- L'illecito può essere di creazione di una fonte secondaria
- Non esiste il principio di determinatezza per individuare le fattispecie vietate, anzi dominano i principi o clausole generali (tipo buone fede ecc...)
- È ammessa la responsabilità oggettiva o per fatto altrui

Il reato è un fatto umano che aggredisce un bene giuridico ritenuto meritevole di protezione da un legislatore che si muove nel quadro di valore costituzionali, sempre che la misura dell'aggressione sia tale da far apparire inevitabile il ricorso alla sanzione penale, giacchè ogni altra sanzione sarebbe inefficace.

## **STRUTTURA DEL REATO: CONCEZIONE TRIPARTITA**

Il reato è un fatto umano TIPICO, ANTIGIURIDICO e COLPEVOLE

- Il fatto umano deve corrispondere e deve integrare la fattispecie criminosa prevista dalla norma incriminatrice. FATTO TIPICO
- Deve essere realizzato contro l'ordinamento; *contra ius* ANTIGIURIDICITA'
- Deve essere riconducibile alla responsabilità del soggetto che ne è l'autore FATTO COLPEVOLE

### **1) Il fatto tipico**

Il fatto tipico nel diritto penale equivale al *complesso degli elementi che delineano il volto di uno specifico reato*.

Ossia quando il fatto, come oggetto del giudizio di tipicità, corrisponde alla fattispecie incriminatrice astratta.

Posto che il fatto tipico comprende gli elementi che delineano il volto di uno specifico reato, assolve la funzione garantista di indicare ai cittadini i fatti che essi devono astenersi dal compiere.

Principio di materialità: Il reato deve manifestarsi in un contegno esteriore accertabile nella realtà fenomenica.

### **2) Antigiuridicità**

Il fatto oltre che tipico deve inoltre essere posto in essere in assenza di cause di giustificazione.

Infatti in certi casi il fatto tipico può essere giustificato o consentito da una norma dell'ordinamento, per cui in base ad un principio di non contraddizione dell'ordinamento uno stesso fatto non può allo stesso tempo essere consentito ed esser punito.

Un fatto che è consentito in un settore dell'ordinamento non può risultare illecito per un altro settore dell'ordinamento.

### **3) Colpevolezza**

La colpevolezza riassume le condizioni psicologiche che consentono l'imputazione del fatto all'autore.

Colpevolezza = Attribuibilità psicologica del fatto all'autore

La legge penale garantisce la libertà di scelta individuale in quanto rifiuta la responsabilità oggettiva basata sul puro nesso di causalità materiale e subordina la punibilità alla presenza di coefficienti soggettivi.

### **Corte Costituzionale 364/1988**

L'aver assunto il dolo o la colpa quali presupposti della responsabilità, equivale ad aver circoscritto la punibilità nei limiti di ciò che è prevedibile e quindi evitabile.

Questa possibilità di controllo permette ai cittadini di pianificare la propria vita senza incorrere in sanzioni penali.

La Corte ha sottolineato che la ratio della colpevolezza sta nell'esigenza di garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione, per garantirgli cioè che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producono conseguenze penalmente vitate.

La Corte ravvisa nella colpevolezza un principio di garanzia quale limite alla discrezionalità del legislatore dei fatti penalmente sanzionabili.

## **Il dolo**

Il dolo, assieme alla colpa ed alla preterintenzione costituisce uno dei coefficienti soggettivi di imputazione del reato.

Ai sensi dell'art. 43 c.p. *L'evento è doloso quando è dall'agente **preveduto e voluto** come conseguenza della sua azione od omissione.*

Alla volontà quindi si contesta di aver voluto un qualcosa che non si doveva volere in quanto antiggiuridico

### **La coscienza del disvalore**

E' da capire se il dolo oltre alla rappresentazione ed alla volizione (preveduto e voluto), richiede anche la coscienza dell'offesa dell'interesse protetto.

La giurisprudenza, tranne rare eccezioni, ritiene che l'antigiuridicità del fatto non costituisce elemento del dolo, nel senso che ai fini della punibilità, non si richiede la coscienza del disvalore del fatto commesso da parte del reo (anche recentemente Cassazione 15885/2007).

Nel passato (1976) qualche pronuncia ha dato rilevanza non solo alla previsione ed alla volontarietà, ma anche alla coscienza dell'antigiuridicità, come consapevolezza della lesione degli interessi tutelati. Si era ritenuto che *il dolo consiste nel porre in essere volontariamente l'azione vietata con previsione dell'evento lesivo e con consapevolezza dell'antidoverosità dell'azione stessa.*

La dottrina ha anche cercato di dare un fondamento teorico a questa tesi in quanto ha sottolineato che l'art. 43 c.p. quando parla di evento va interpretato in senso giuridico ossia come effetto offensivo della condotta che deve essere oggetto quanto meno di rappresentazione. Se il termine evento fosse inteso in senso solo naturalistico, si arriverebbe alla soluzione inaccettabile che il dolo sarebbe in compatibile con i reati di pura condotta, ossia dove non c'è alcun evento.

Questa teoria non supera il vaglio dell'art. 5 c.p. secondo cui l'ignoranza della legge non scusa; stante l'art. 5 c.p. deve ritenersi che il dolo si esaurisce nella coscienza e volontà del fatto materiale tipico, non potendosi anche richiedere la consapevolezza dell'antigiuridicità.

Si distingue descrittivamente tra reati di offesa ove il dolo esige anche la consapevolezza dell'illiceità, seppur laica, intesa quindi in termini di offensività del proprio comportamento indipendente dalla conoscenza della norma, in quanto l'antigiuridicità è già insita nella stessa condotta. Esiste un disvalore pregiudico evidente.

Nei reati di pura creazione legislativa la mancanza di un disvalore pregiuridico preclude di poter considerare l'antigiuridicità quale oggetto del dolo, dal momento che l'agente potrà rappresentarsi l'offensività del suo comportamento solo se è a conoscenza del precetto. Con la conseguenza che se non fosse a conoscenza del precetto potrebbe risultare innocente non configurandosi il dolo quale elemento costitutivo dell'illecito.

Si avrebbe questa equazione: *il dolo è elemento costitutivo dell'illecito e quindi l'illecito non si configura se non c'è il dolo; a sua volta l'antigiuridicità è elemento costitutivo del dolo e quindi il dolo (e di conseguenza il fatto tipico) non si può configurare se non c'è coscienza dell'antigiuridicità.* Così non è!

**Stante l'art. 5 c.p. il dolo si esaurisce solo nella coscienza e volontà del fatto materiale non richiedendosi anche la coscienza del disvalore del fatto.**



### **L'intensità del dolo**

Tradizionalmente l'intensità del dolo si configura in tre modalità. **Dolo intenzionale, Dolo diretto, Dolo eventuale.**

Da precisare che la diversa intensità ha valore non solo ai fini del **momento sanzionatorio** posto che l'art. 133 c.p. annovera tra i suoi criteri anche quello dell'intensità del dolo, ma anche sul crinale del momento **genetico del reato** in quanto per alcuni delitti il reato si manifesta solo laddove il coefficiente doloso si configuri in una data modalità (es. abuso di ufficio che prevede il dolo intenzionale).

**Dolo intenzionale:** si ravvisa quando si agisce allo scopo preciso di realizzare il risultato lesivo stigmatizzato nel precetto. In questa forma di dolo la volontà assume un ruolo dominante e centrale (FIANDACA). Esempio di dolo intenzionale è l'abuso di ufficio ex art. 323 c.p.

La giurisprudenza maggioritaria ritiene indispensabile che il pubblico ufficiale o l'incarico del pubblico servizio agisca intenzionalmente avendo come preciso obiettivo quello di cagionare danno a terzi o procurare a se o ad altri un vantaggio ingiusto, essendo dunque incompatibile nell'abuso di ufficio il dolo diretto ovvero eventuale. (**Cass 33844/2008; 35814/2007**).

Ne è seguita l'assoluzione di colui che attraverso la sua condotta abbia perseguito in via primaria l'interesse pubblico, risultando nei fatti irrilevante il concorrente ma accessorio scopo di favorire un soggetto privato.

**Dolo diretto:** il dolo è diretto ogniqualvolta l'agente si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice e si rende conto che la sua condotta sicuramente l'integrerà.

In questo caso l'evento danno costituisce uno strumento necessario per realizzare lo scopo prefissato (per intascare il premio assicurativo faccio esplodere la nave con i passeggeri a bordo).

**Dolo eventuale:** è il dolo di chi agisce non al fine di provocare un evento lesivo, bensì in vista di uno scopo differente, rappresentandosi l'eventualità che il proprio comportamento dia vita ad altre conseguenze illecite ed accetta il rischio di cagionarle. In questa forma di dolo la rappresentazione assume un ruolo dominante e centrale (FIANDACA).

La configurabilità del dolo eventuale ha come presupposto che il soggetto agisca senza la volontà di commettere il reato in quanto se così fosse vi sarebbe dolo intenzionale; In sostanza egli deve rappresentarsi la commissione di un reato soltanto come conseguenza possibile di una condotta diretta ad altri fini.

Es. Alfa si sente disturbato da alcuni schiamazzi e lancia un bottiglia di vetro, pur prevedendo che potrebbe colpire qualcuno.

E' al confine con la colpa cosciente di cui all'art. 61 n. 3 c.p. .

FIANDACA sottolinea che l'atteggiamento psicologico interiore manifestato dal soggetto si avvicina il più possibile ad una presa di posizione della *volontà capace di influire sullo svolgimento degli accadimenti*. A questa esigenza risponde la *teoria dell'accettazione del rischio* secondo cui **perché si configuri il dolo eventuale non basta la rappresentazione mentale della concreta possibilità di verificazione dell'evento (plausibile anche nella colpa cosciente), ma è necessario che l'agente faccia seriamente i conti con questa possibilità di verificazione e ciononostante decida di agire.**

Per contro laddove l'agente si rappresenti l'evento lesivo ma confidi nella sua concreta non verificazione si avrà colpa cosciente.

Per cui il dolo eventuale si distingue dalla colpa cosciente in quanto *il primo consiste nella rappresentazione della concreta possibilità della realizzazione del fatto, con accettazione del rischio, (e quindi volizione), mentre la seconda consiste nella astratta possibilità della realizzazione del fatto, accompagnata dalla sicurezza e dalla fiducia che in concreto non si realizzerà. (Cass. 11222/2010).*

### **La colpa**

Ai sensi dell'art. 43 c.p. *il delitto colposo ricorre quando l'evento anche se preveduto non è dall'agente voluto e si verifica a causa di negligenza, imperizia imprudenza, ovvero per inosservanza di leggi regolamenti ordini o discipline.*

La norma quindi nel delineare gli elementi strutturali del delitto colposo richiama requisiti:

- *di natura psicologica (assenza di volontà dell'evento) requisito negativo*
- *di natura normativa (violazione di regole cautelari)*

Per cui: **assenza di volontà ma violazione di regole cautelari la cui osservanza avrebbe impedito l'evento**

**Requisito negativo:** Quindi alla volontà si imputa non di aver prodotto l'evento lesivo, bensì non di averlo impedito tenendo un comportamento adeguato.

Quindi elemento centrale di distinzione rispetto il dolo è la mancanza della volontà dell'evento.

Se dunque la punizione a titolo di dolo si giustifica in ragione della volontà di cagionare l'evento che è stato oggetto di rappresentazione prima di essere integrato, nei reati colposi la punizione non è riconducibile alla volontà, per definizione mancante, né in ragione della rappresentazione. Infatti l'eventuale previsione da vita solo ad una aggravante ex art. 61 numero 3.

**Requisito positivo:** la fattispecie criminosa deve essere stata cagionata a causa di negligenza, imperizia imprudenza, ovvero per inosservanza di leggi regolamenti ordini o discipline.

La colpa si basa quindi sul raffronto tra il comportamento tenuto dall'agente e quello che si sarebbe dovuto tenere secondo le regole di cautela del caso di specie.

Tuttavia si sostiene che pur reputando indispensabile la violazione di una regola di condotta cautelare, ai fini della configurazione della fattispecie criminosa, sia necessaria anche l'esigibilità della condotta doverosa che avrebbe evitato l'evento lesivo.

Ne consegue che le conseguenze criminose che derivano dal delitto colposo devono poter essere prevedibili ed evitabili alla luce del contegno esigibile dal soggetto che ha concretamente agito. Se il fatto è imputabile al caso fortuito nessun rimprovero può essere addebito all'agente anche secondo quanto affermato dalla **Corte Costituzionale 364/1988**.

Per cui dalla norma si ricavano tre requisiti:

- l'assenza di volontà
- la violazione di regole cautelari
- l'esigibilità della condotta che avrebbe impedito l'evento

Nessuno infatti può essere chiamato a rispondere penalmente per conseguenze che non siano da lui prevedibili ed evitabili e che fuoriescano quindi dalla sfera di signoria dell'agente.

### **La responsabilità oggettiva**

L'art. 42 c.p. intercetta la responsabilità oggettiva quale possibile criterio di imputazione sia pure nei soli casi previsti dalla legge.

La responsabilità oggettiva ricorre nel caso di imputazione del fatto senza che sia necessario l'accertamento del dolo ovvero della colpa, esaurendosi nel mero nesso causale tra l'azione e l'evento.

Essa sussiste quando un fatto delittuoso viene posto a carico del soggetto attivo del reato a prescindere dalla sussistenza di un nesso psichico tra la condotta e l'evento.

Questa norma codificata nel 1930 e quindi prima della Costituzione, all'indomani dell'entrata in vigore di quest'ultima ha ingenerato nella dottrina dubbi di conformità all'art. 27 che scolpisce il principio della personalità della colpa intesa in senso di responsabilità personale colpevole.

Nel 1988 con la sentenza 364 la Corte Costituzionale ha affermato la piena valorizzazione costituzionale della categoria della colpevolezza nel sistema penale.

**La Corte ha infatti sostenuto il rango costituzionale del principio della colpevolezza** secondo cui l'art. 27 della Costituzione statuisce che **nel nostro ordinamento penale possono avere ingresso solo forme di responsabilità personale e colpevole**. Come si desume comma 3 dell'art. 27 che attiene alla finalità rieducativa della pena; la finalità rieducativa verrebbe frustrata qualora la pena fosse inflitta ad un soggetto che *non essendo almeno in colpa non ha certo bisogno di essere rieducato*.

La Corte nella medesima pronuncia, stante il rango costituzionale del principio di colpevolezza, ha però sottolineato che **solo la responsabilità oggettiva pura è bandita dall'ordinamento penale** ossia quella riguardante gli elementi costitutivi della fattispecie di reato, ma non anche gli elementi accessori e meno significativi che danno vita ad una c.d. responsabilità oggettiva spuria (*vedi ad esempio le circostanze aggravanti atteso che le circostanze sono elementi accidentali e non costitutivi della fattispecie di reato*).

## **Le scriminanti tacite**

Si possono ipotizzare scriminanti ulteriori rispetto quelle legislativamente previste? C.c. scriminanti atipiche e non codificate?

Molte discussioni si sono avute in tema di svolgimento di attività sportiva e medica.

Ci si chiede in sostanza se sia più corretto ritenere queste attività scriminate poiché attività socialmente utili e legislativamente riconosciute, ovvero sia più conforme all'ordinamento applicare analogicamente ed estensivamente le scriminanti previste dalla legge.

### **L'attività sportiva violenta:**

Esistono attività sportiva che ammettono forme di violenza nei riguardi dell'avversario codificate nei regolamenti di gioco. Ciò accade negli sport c.d. "a contatto istituzionalizzato" ove la stessa esistenza del gioco, presuppone comportamenti che altrimenti sarebbero oggetto di sanzione penale configurandosi in percosse o azioni simili.

Oltre agli sport a contatto istituzionalizzato vi sono anche sport ove il contatto è comune parte integrante se non immanente dell'iter di gioco in quanto durante lo svolgimento dell'attività sportiva, ed in certe circostanze il contatto viene ad essere particolarmente intenso e penetrante; si pensi al un contrasto tra due giocatori di Hockey per l'impossessamento del dischetto. In questi casi quindi il contatto non è elemento centrale dell'esecuzione del gioco, ma ne costituisce certamente un presupposto non eventuale giacché intrinsecamente legato alle modalità applicative dello svolgimento dell'attività sportiva stante addirittura l'esistenza di un regolamento di gioco che disciplina anche questa fattispecie. Basti pensare inoltre che nella prassi con il termine anglosassone di **tackle** (o *contrasto*) si indica, nel [football americano](#) ma anche nel [calcio](#), il contrasto tra due giocatori avversari, nel quale il giocatore privo della palla cerca di toglierla all'avversario.

Non v'è dubbio che l'esercizio di queste pratiche sportive è coperto da tutela giuridica che ne riconosce l'impianto regolamentare ed organizzativo.

Per giustificare l'esercizio di queste attività dalle quali possano poi generarsi dei danni fisici agli atleti, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato la teoria della scriminante tacita o non codificata secondo cui in considerazione dell'interesse primario che l'ordinamento statuale riconnette a quello sportivo, sia sotto il profilo individuale che sotto quello sociale, nel bilanciare gli interessi contrapposti, il soddisfacimento generale della collettività a svolgere attività sportive per il potenziamento di giovani e meno giovani, prevale su quello all'integrità fisica, purché vi sia assunzione volontaria del rischio da parte di chi partecipa. Si giunge così a giustificare anche l'attività amatoriale e non solo quella professionistica.

Ma quali sono i limiti e le condizioni affinché l'attività sportiva, allorché è lo strumento attraverso cui si è perpetrato un danno, sia comunque giustificata?

La prima e certa condizione è quella secondo cui nessun potrà essere chiamato a rispondere di un fatto corrispondente ad una fattispecie astratta di reato quando l'evento è stato cagionato da una azione da parte dell'atleta ma questi è rimasto aderente alle regole del gioco.

La questione è molto più complessa quando si sono trasgredite le regole del gioco.

In questo caso si è soliti distinguere tra violazione volontaria e non volontaria. Se la violazione è volontaria con intento lesivo, il reato non può che essere doloso poiché lo sport non può essere lo strumento di giustificazione di atti violenti tout court. Ossia se lo sport è il preteso ovvero l'occasione per ledere l'integrità fisica di altri, non soccorre alcuna scriminante. La giurisprudenza sottolinea che in questi casi la condotta lesiva non è funzionale all'attività agonistica e come tale merita d'essere sanzionata.

Se però la violazione della regola di gioco è volontaria ma l'intento non è lesivo poiché è strumentale al gioco ed alla competizione (fatto per ottenere il dischetto), va senz'altro escluso il dolo.

Per quanto attiene alla colpa si dovrà indagare se nel caso di specie sia stata superata la **c.d. soglia del rischio consentito**, costituendo in caso contrario solo un illecito sportivo. Nessun atleta infatti, secondo le regole dell'arte che gli appartengono quale professionista (*leges artis*), può esporre l'avversario ad un rischio superiore a quello consentito secondo i canoni tipici dell'attività sportiva praticata.

Quando l'atleta cagiona un danno fisico violando coscientemente le norme di gioco ma non avendo un intento lesivo fine a se stesso, risponderà comunque di reato colposo ex art. 590 c.p., laddove invece abbia violato la norma coscientemente e abbia intenzionalmente voluto cagionare il pregiudizio fisico, costituendo la pratica sportiva mero pretesto per infliggere il danno, risponderà ex art. 581 c.p. di azione dolosa.

Sarebbe interessante prefigurare anche l'esistenza di un dolo eventuale laddove vi sia violazione cosciente della disciplina di gioco finalizzata all'impossessamento del dischetto/palla, rappresentandosi il fatto di un potenziale pregiudizio fisico all'avversario, ma accettandone comunque il rischio per poter comunque conseguire la finalità che con la sua azione voleva realizzare. In questo caso si rientrerebbe nell'ipotesi di dolo eventuale.

L'illecito penale non coincide con quello sportivo.

In sostanza ***si ha illecito penale quando oltre a violare le regole del gioco si violano le norme di prudenza, ricorrendo ad un uso della forza sproporzionato ed eccessivo in rapporto al tipo di sport praticato.***

### ***Attività agonistica ed amatoriale***

Si distingue inoltre tra attività agonistica ed amatoriale in quanto in quest'ultima la condotta del giocatore non professionista deve essere correlata al tipo di competizione in atto, tanto da essere richiesta una particolare cautela e prudenza per evitare pregiudizio fisico all'avversario e quindi un maggiore controllo dell'ardore agonistico.

### ***Gara ed allenamento***

La Cassazione distingue inoltre tra gara ed allenamento in quanto appare evidente che le regole di prudenza sono maggiormente stringenti quando si è in presenza di un allenamento.

## Circostanze del reato

*Circum stant* = che stanno intorno

Reato consumato: Il reato si consuma quando il comportamento concreto dell'agente integra gli estremi della fattispecie incriminatrice, ossia quando il fatto concreto corrisponde al modello legale previsto dalla norma incriminatrice

Circostanze: Si tratta di elementi che accedono ad un reato già perfezionato e la cui presenza determina solo una modifica della pena (o in termini quantitativi o in termini qualitativi)

Si parla anche di *accideltalia delicti* per sottolineare che le circostanze sono elementi contingenti che possono mancare senza che venga meno il reato.

- Se manca un elemento essenziale del reato questo viene meno
- Se manca una circostanza del reato il reato permane ugualmente

### **Tipi di circostanze:**

circostanze aggravanti: aggravano la pena

circostanze attenuanti: diminuiscono la pena

circostanze comuni (applicabili ad un numero indefinito di reati)

circostanze speciali (previste dal legislatore solo per speciali figure di reato)

circostanze oggettive (che attengono all'oggetto, al tempo, al luogo ed ad ogni altra modalità esecutiva dell'azione criminosa)

circostanze soggettive (che attengono all'intensità del dolo o al grado della colpa, le qualità e le condizioni personali, o che riguardano i rapporti tra l'offeso ed il reo.

### **La recidiva**

La recidiva equivale alla ricaduta nel reato.

Anzi tutto la recidiva si applica solo per i reati dolosi con esclusione per i reati colposi e le contravvenzioni.

**Recidiva semplice:** consiste nella commissione di un delitto non colposo a seguito di una condanna irrevocabile per un altro delitto non colposo.

Risulta indifferente il tempo trascorso tra il primo ed il secondo reato.

L'aumento della pena è di un terzo della pena da infliggere per il nuovo reato non colposo. L'aumento è automatico!

**Recidiva aggravata:** è tale se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole del primo o è stato commesso entro i cinque anni, ovvero è stato realizzato durante o dopo l'esecuzione della pena....

In tutte queste ipotesi la pena può essere aumentata fino alla metà!!

Quali sono i reati della stessa indole? Non solo quelli che violano la stessa disposizione, ma anche quelli che, per la natura dei fatti o dei motivi che li determinano, presentano caratteri fondamentalmente comuni.

**Recidiva reiterata:** la recidiva è reiterata quando chi commette il delitto non colposo è già recidivo.

La riforma ha irrigidito gli aumenti di pena!

## CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

L'istituto del concorso di persone nel reato disciplina i casi nei quali più persone concorrono alla realizzazione di un medesimo reato.

Esiste una differenza tra concorso di persone nel reato e reati associativi (es. associazione a delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti).

- I reati associativi presuppongono un *vincolo stabile* tra i soggetti ed un programma criminoso riferito ad un insieme indeterminato di fatti delittuosi.
- Il concorso di persone determina invece un *vincolo di natura occasionale* circoscritto alla realizzazione di uno o più fatti delittuosi determinati.

Il concorso può essere *eventuale* ovvero *necessario* (es. reati di rissa, corruzione...)

Le fattispecie incriminatrici di parte speciale sono tutte modellate sulla figura dell'autore singolo. Essi quindi non solo direttamente applicabili a quei concorrenti che apportano sì un contributo alla realizzazione del fatto, ma che da solo non è sufficiente ad integrare la figura di reato.

Per cui le norme del codice in tema di concorso di persone assolvono proprio alla funzione di rendere punibili coloro che hanno posto in essere comportamenti che altrimenti non lo sarebbero in base alla singola norma incriminatrice.

Il legislatore del 1930 realizzando un'inversione di tendenza rispetto al codice Zanardelli del 1889, ha optato per il modello della *tipizzazione unitaria* basata sul criterio dell'*efficienza causale*!

L'art. 110 del c.p. dispone che "*quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita*".

Quindi tutti coloro che partecipano alla realizzazione di una fattispecie criminosa, purché abbiano apportato un contributo qualsiasi, ma dotato di rilevanza causale rispondono allo stesso modo.

Tuttavia il legislatore, come del resto ha fatto in tema di tentativo di reato, non ha rotto completamente i ponti con il passato in quanto all'art. 114 del c.p. ha previsto che "*il giudice qualora ritenga che l'opera prestata da talune persone che sono concorse nel reato abbia avuto minima importanza nella preparazione od esecuzione del reato, può diminuire la pena*".

L'art. 114 sembra codificare la distinzione tra partecipazione primaria o secondaria alla fattispecie criminosa collettiva.

L'art. 110 da alcuni viene ritenuto non rispettoso del principio costituzionale della responsabilità personale, almeno colposa, in quanto non tiene conto di una distinzione tra gli apporti causali dei correi i quali vengono tutti assoggettati alla stessa pena a prescindere dal grado di incidenza della loro partecipazione.

## **Struttura del concorso criminoso**

Il concorso di persone nel reato presuppone quattro elementi:

- 1) pluralità di agenti
- 2) la realizzazione della fattispecie criminosa
- 3) il contributo di ciascuno dei soggetti
- 4) l'elemento soggettivo

1) pluralità di agenti: il concorso si configura anche se taluno dei concorrenti non è punibile per ragioni inerenti alla sua persona (es. per difetto di dolo o per mancanza di imputabilità)

Questa soluzione si ricava agevolmente dall'art. 112 c.p. nel quale si specifica che gli aggravamenti di pena si applicano anche se taluno dei partecipanti al fatto non è imputabile o non è punibile

Similmente l'art. 119 c.p. dispone che le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, hanno effetto solo per quanto riguarda la persona cui si riferiscono

Per cui ***il concorso di persone prescinde dall'imputabilità dei concorrenti***

2) la realizzazione della fattispecie oggettiva di un reato: i contributi di ciascuno dei concorrenti devono confluire nella realizzazione comune di una fattispecie di reato; quale ruolo ciascun partecipante rivesta è ininfluenza in quanto il fatto può essere realizzato da più coautori, ovvero da un singolo autore con l'ausilio di complici, ovvero da più soggetti laddove ciascuno si limita a porre in essere una frazione del fatto tipico.

Sempre in applicazione dei principi generali, non è necessario che il fatto collettivo giunga a consumazione, ma è sufficiente che la realizzazione del fatto comune si traduca in atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto (concorso di persone del delitto tentato).

L'esigenza minima che si siano almeno integrati gli estremi del delitto tentato si evince indirettamente dall'art. 115 c.p. secondo il quale salvo che la legge disponga altrimenti nessuno è punibile

A) per il semplice fatto di essersi accordato con altri qualora all'accordo non segua la messa in atto del fatto programmato

B) per il semplice fatto di aver istigato qualcuno qualora questi poi non compia il reato.

Tuttavia siccome sia l'accordo che l'istigazione presuppongono pericolosità sociale, l'art. 115 c.p., attribuisce al giudice la facoltà di applicare misure di sicurezza.

La norma sottolinea "*salvo che la legge disponga altrimenti*". Infatti vi sono delle ipotesi nelle quali anche la semplice istigazione è punita anche se l'istigato poi non commette il fatto delittuoso.

(Es. l'istigazione alla corruzione).



### 3) contributo dei soggetti:

Tipologia dei contributi: concorso materiale e concorso morale

**Concorso materiale:** il concorrente interviene personalmente nella serie degli atti che danno vita all'elemento materiale del reato.

Autore: colui che compie gli atti esecutivi

Coautore: chi interviene nel compimento degli atti esecutivi del reato

Ausiliatore/complice: chi si limita ad apportare un qualsiasi aiuto materiale che abbia una rilevanza causale nella realizzazione del fatto che costituisce reato

**Concorso morale:** Il contributo del partecipante può anche manifestarsi sotto forma di impulso psicologico ad un reato materialmente commesso da altri.

Nel concorso morale si è soliti distinguere tra:

- Il determinatore : chi fa sorgere in altri un proposito criminale prima inesistente
- L'istigatore: colui che si limita a rafforzare in altri un proposito criminoso già esistente

La rilevanza penale dell'istigazione si desume dall'art. 115 Comma 3 c.p. stabilendo la non punibilità dell'istigazione rimasta sterile. Questa norma riconosce quindi implicitamente che quando l'istigazione viene accolta ed il reato viene commesso, l'istigatore risponde a titolo di concorso.

**Come è da escludere il concorso materiale in mancanza di una condotta che, considerata ex post, risulti avere almeno agevolato in concreto la commissione del delitto, similmente non può esservi complicità morale a prescindere da una effettiva influenza sulla psiche dell'esecutore materiale del reato.**

### 4) l'elemento soggettivo del concorso criminoso

Ciascuna condotta di partecipazione deve essere sorretta da un corrispondente requisito psicologico.

Occorrono due elementi:

- la coscienza e volontà del fatto criminoso
- un *quid pluris* ossia la coscienza e la volontà di concorrere con altri al medesimo fatto criminoso

L'accordo con gli altri correi può avvenire tramite previo accordo, ovvero con accordo contestuale al fatto criminoso, ovvero come semplice adesione all'opera di un altro che ne rimane ignaro.

Per contro se più soggetti operano tutti all'insaputa uno dell'altro non ci troveremo di fronte ad un'ipotesi di concorso di persone ma di più reati monosoggettivi.

**Si ammette la partecipazione dolosa al delitto colposo.**

Es. Tizio spinge dolosamente Caio il quale versa in errore inescusabile in relazione alla tossicità di una sostanza, a versarla nell'acqua.

L'apporto di Tizio è doloso mentre Caio è in colpa!

**Non si ammette invece il concorso colposo al delitto doloso!**

Es Tizio, pur essendo a conoscenza dell'astratto proposito di Caio di uccidere la moglie, consegna a Caio un veleno topicida credendo che lo userà per i topi ed invece Caio avvelena la moglie.

L'apporto di Tizio è colposo mentre Caio è in dolo!

In questo caso la punibilità di Tizio è esclusa per almeno due motivi:

- a) secondo un principio generale, nei delitti, la responsabilità colposa presuppone una espressa previsione legislativa e proprio l'art. 113 c.p. conferma la regola in quanto ammette la sola cooperazione del delitto colposo e non doloso!
- b) L'inaammissibilità inoltre viene riconosciuta dal fatto che il codice penale prevede dei casi specifici nei quali opera la cooperazione colposa del delitto doloso: artt. 254, 259, 350.
- c) Infine oggi si tende a circoscrivere il dovere obiettivo di diligenza di ciascuno facendo leva sul principio di responsabilità personale. Per cui se si presuppone in ciascun individuo normale l'attitudine ad una autoderminazione responsabile, ne consegue che ognuno deve evitare soltanto pericoli derivanti dalla propria condotta, mentre non si ha l'obbligo di impedire comportamenti pericolosi di terze persone altrettanto capaci di scelte personali.
- d) Non possono essere definite colpose quelle condotte le quali sono pericolose non in sé ma in quanto semplicemente forniscono ad altri l'occasione di delinquere.

### ***Desistenza volontaria e pentimento operoso***

Il tema della desistenza volontaria nella partecipazione criminosa si basa sulla seguente domanda?

Per andare esente da pena il concorrente che desiste, deve elidere il proprio contributo causale ovvero deve impedire la consumazione del reato?

E' da premettere che l'atto di desistenza del correo rappresenta modalità di manifestazioni diverse a seconda del ruolo da questo rivestito.

Se il correo è l'esecutore materiale e quindi è titolare della posizione che contiene il massimo dominio possibile sull'azione, una sua desistenza è già in grado di incidere sulla consumazione del reato.

Se il correo è un complice ovvero ha già fornito il proprio apporto causale, questi per incidere sulla consumazione del reato non potrà semplicemente tenere un comportamento passivo, ma dovrà necessariamente attivarsi per neutralizzare le conseguenze del suo apporto.

In ogni caso per rispondere alla domanda non si può che far riferimento alla considerazione che la responsabilità penale è personale, per cui proprio in aderenza a questo principio è da ritenere che la desistenza del partecipe sia configurabile anche allorchè egli si limiti a neutralizzare la propria condotta già realizzata elidendone gli effetti.

In sostanza ***nei limiti in cui riesce ad elidere il proprio contributo causale al fatto comune, egli si emancipa dalla commissione del reato.***

Per accertare se c'è stata la neutralizzazione della propria condotta occorre verificare in concreto che il reato non contenga più alcunchè di riconducibile all'originario contributo del soggetto che desiste.

## REATO OMISSIVO

**Ratio del reato omissivo:** Il modello tipico di illecito penale è stato tradizionalmente costituito dal reato di azione (*reato commissivo doloso*).

Per tutto l'ottocento, in coerenza con la logica individuale-liberale la responsabilità per omissione ha costituito una eccezione.

Con il novecento e l'avvento della Costituzione, si è affermato invece il principio solidaristico che fa obbligo non solo e non tanto di astenersi dal compiere azioni lesive, quanto di intervenire attivandosi per la salvaguardia di beni altrui posti in pericolo.

Mentre il diritto penale dell'azione va a reprimere la modificazione in peggio della situazione preesistente, il diritto penale dell'omissione tende a garantire il progresso ed il benessere collettivo.

### **Reato omissivo proprio ed improprio**

**Il reato omissivo proprio** consiste nel mancato compimento di un'azione che la legge penale obbliga di realizzare. Es. *chi omette di prestare soccorso c.d. omissione di soccorso*. La legge incrimina la semplice omissione. L'omittente non risponde delle conseguenze della sua omissione, caso mai si applica una circostanza aggravante.

Es se un soggetto omette di soccorrere una persona e questa muore, il soggetto è imputabile di omissione di soccorso e non di omicidio.

**Il reato omissivo improprio** o c.d. "commissivo mediante l'omissione" consiste nella violazione di impedire il verificarsi di un evento che si ha l'obbligo di impedire .

In questi casi il soggetto che omette di tenere il comportamento doveroso, risponde anche dei risultati connessi al suo mancato attivarsi.

Sono reati omissivi propri quelli configurati come tali direttamente dal legislatore, mentre sono impropri quelli carenti di una disciplina legislativa espressa ma sono ricavati dalla conversione di fattispecie commissive base. **Conversione di fattispecie commissiva base in fattispecie omissiva impropria**

Struttura del reato omissivo proprio:

- Situazione tipica ossia la situazione in concomitanza della quale sorge l'obbligo di attivarsi.
- Non compimento di una determinata azione che era da compiersi in base ad una norma di legge.
- Possibilità materiale di agire

Quindi la condotta omissiva tipica, nell'illecito omissivo proprio, consiste nel mancato compimento dell'azione richiesta in presenza della situazione conforme alla fattispecie incriminatrice.

NB il reato viene meno se il soggetto ha compiuto un serio sforzo di adempiere ma l'insuccesso è dovuto a circo strana esterne.

### Struttura del reato omissivo improprio:

Mentre nel reato omissivo proprio il soggetto contravviene ad un comando di agire, nei reati omissivi impropri si viola pur sempre un divieto di cagionare l'evento che dà vita alla fattispecie criminosa.

Il reato omissivo improprio pone dei problemi in relazione al principio di legalità e di sufficiente determinatezza della fattispecie incriminatrice.

Casi di non applicabilità del reato omissivo improprio:

- non si applica ai reati c.d. di mano propria ossia a quei reati che presuppongono un carattere necessariamente personale (es incesto...)
- non si applica ai reati c.d. abituali che si caratterizzano cioè per la reiterazione di un comportamento positivo.
- non si applica ai reati che in genere presuppongono un comportamento attivo. Es. furto, rapina...
- non si applica ai reati di azione in quanto la fattispecie va limitata ai casi in cui affiora il problema del nesso causale tra condotta ed evento lesivo.

In sostanza il reato omissivo improprio trova applicazione per i *reati causali puri* ossia quei reati di evento la cui carica di disvalore si concentra tutta nella produzione del risultato lesivo.

Da un lato vengono in questione i classici delitti contro la vita e l'incolumità individuale, dall'altro i reati contro l'incolumità pubblica.

Tuttavia la dottrina dominante nega che nei reati omissivi impropri sia dato riscontrare un rapporto di causalità uguale a quello esistente nei reati di evento commessi mediante azione.

Questo in quanto mentre nei reati commissivi si tratta di stabilire un nesso di derivazione tra dati reali del mondo esterno, nell'ambito del reato omissivo il problema è quello di verificare se e in che modo l'eventuale compimento dell'azione dovuta avrebbe inciso sul corso degli accadimenti ed in particolare se sarebbe valso ad evitare la verifica dell'evento lesivo.

Nei reati omissivi per determinare il nesso omissione-evento si emette un giudizio ipotetico o prognostico! Cioè l'organo giudicante suppone mentalmente come realizzata l'azione doverosa e si chiede, se in presenza di essa, l'evento lesivo sarebbe venuto meno.

## Situazione tipica

Intesa come il complesso dei presupposti di fatto che danno vita ad una situazione di pericolo e che pertanto obbligano ad intervenire.

Indubbiamente in assenza di una espressa previsione legale il contenuto e lo scopo del dover agire possono evincersi solo dalle circostanze del caso concreto.

## La posizione di garanzia

Affinché il mancato impedimento assurga a livello penale non è solo necessario l'accertamento del nesso di causalità ipotetica, in quanto è necessario anche che vi sia la violazione di un obbligo giuridico di impedire l'evento.

L'obbligo di impedire eventi lesivi a carico altrui rappresenta un'eccezione che si ritiene plausibile solo in presenza di un obbligo giuridico!

La nostra dottrina ha postulato nascente l'obbligo giuridico da una c.d. **posizione di garanzia** che può trovare fonte:

- nella legge (si pensi all'obbligo di cura dei genitori nei riguardi dei figli)
- nel contratto (si pensi alla *baby sitter*) è necessario però che oltre al contratto, il garante assuma in concreto la funzione (la *baby sitter* non è venuta e allora i genitori escono comunque lasciando a casa il bambino).
- da precedenti azioni pericolose (chi compie una azione pericolosa dopo assume l'obbligo di impedire conseguenze dannose: si pensi a chi apre una buca sulla strada che è tenuto a porre in essere adeguate misure di sicurezza).

La *ratio* della posizione di garanzia: **al fondamento vi è la necessità di assicurare a determinati beni giuridici una tutela rafforzata stante l'incapacità dei loro rispettivi titolari a proteggerli adeguatamente.**

Gli obblighi di garanzia hanno un carattere speciale perché incombono soltanto su alcuni soggetti e non sulla generalità dei cittadini. Non rilevano per il *quisque de populo*

La dottrina ha suddiviso la posizione di garanzia in due sottocategorie

- Posizione di controllo
- Posizione di protezione

La posizione di controllo ha come scopo di neutralizzare determinate fonti di pericolo in modo da garantire l'integrità di tutti i beni giuridici che possono essere minacciati. (proprietario dell'edificio che rovina)

La posizione di protezione invece ha come scopo di preservare determinati beni da tutti i pericoli che possono minacciarne l'integrità quale che ne sia la fonte (genitori nei riguardi dei figli)

Attualmente assume un ruolo rilevante la posizione di controllo nell'ambito dell'attività lavorativa. Ossia nel rapporto datore di lavoro/dipendente.

La posizione di controllo presuppone due elementi:

- che il titolare del bene si trovi nell'impossibilità di proteggere il bene medesimo
- che il garante tenga sotto la sua sfera di signoria la sorgente da cui si origina la situazione di pericolo

E' regola che chi è minacciato da pericoli scaturenti da cose che appartengono ad altri normalmente non è in grado di proteggersi da sé in quanto ciò comporterebbe un'ingerenza nella sfera giuridica altrui.

Per cui l'incolumità del soggetto minacciato finisce, necessariamente, col dipendere dalle cautele predisposte da chi ha sotto la sua sfera di signoria la cosa pericolosa.

Per quanto attiene al rapporto di lavoro spesso si rileva che la fonte del pericolo consiste nello svolgimento di un'attività lavorativa in regime di non sicurezza, la quale non è neutralizzabile dai soggetti che ne risultano minacciati perché privi del potere di incidere sull'organizzazione dell'attività medesima.

Gli obblighi di garanzia penalmente rilevanti possono nascere: *da contratto*, *dal rapporto tra soggetti* (genitori e figli), *dal rapporto con una res* (diritto di proprietà sul bene), *spontaneamente* (si pensi ad un soggetto che spontaneamente acquisisca su di sé la protezione di alcuni beni giuridici).