

PRASSI E CULTURA DEL REATO COLPOSO (*)

La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale

di Massimo Donini

Abstract. *Lo scritto evidenzia l'importanza della cultura giuridica del reato colposo per una sua maggiore umanizzazione quale componente soggettiva conforme al principio di personalità della responsabilità penale. L'obiettivo culturale è perseguito attraverso una rigorosa analisi tecnica e giurisprudenziale, anche casistica, che mostra come negli ultimi lustri l'estrema normativizzazione e oggettivizzazione della colpa quale mera inosservanza di cautele, che ha condotto a forme di culpa in re ipsa e di responsabilità oggettiva occulta, sia stata progressivamente affiancata da una giurisprudenza, anche della IV sezione della Suprema Corte, che ha valorizzato sempre di più, in dialogo con la dottrina, momenti di prevedibilità soggettiva e di colpevolezza (oltre la c.d. misura soggettiva), ma anche di elaborazione di criteri ex post di imputazione normativa dell'evento come fatto proprio. Ciò attua quanto meno un bilanciamento rispetto all'ingresso di preoccupazioni di prevenzione generale che hanno sostenuto il pluridecennale dominio della categoria dell'agente modello quale superuomo cautelare. Un aggiornamento teorico generale e non solo politico-criminale individua i settori più nevralgici dove queste tematiche sono emerse e le soluzioni più corrette.*

SOMMARIO: 1. Il problema culturale della colpa. – 2. La normativizzazione della colpa tra ragioni di garanzia e finalità politiche. – 3. L'ingresso della prevenzione generale nella struttura della colpa. – 4. Colpa e pericolo. Differenze. La colpa come elemento soggettivo. – 5. Il fatto proprio della colpa tra punto di vista *ex ante* ed *ex post*. – 6. *L'homo eiusdem*, più che l'agente-modello, come alternativa alla *culpa in re ipsa*. – 7. Illecito e colpevolezza tra processo accusatorio e inquisitorio. – 8. La violazione delle cautele come indizio della colpa-elemento soggettivo. – 9. La precedenza del fatto proprio. – 10. Fatto proprio e colpevolezza collettive. Il processo per il terremoto dell'Aquila e l'art. 113 c.p. – 11. Il ruolo della prevedibilità, tra colpa ordinaria e colpa in contesto illecito. – 12. La colpa come elemento soggettivo, oltre i casi di colpa cosciente. – 13. La causalità della colpa come parametro di imputazione oggettivo-normativa. – 14. Verso la colpevolezza colposa. Tipologie soggettive di confine. – 15. Per una definizione della colpa come illecito (condotta tipica ed evento non giustificati) e come colpevolezza. – 16. Il rapporto tra la c.d. misura soggettiva della colpa e le scusanti. – 17. Due casi di scusanti nel reato colposo: il caso del cercine e quello del conflitto di doveri degli agenti della Polstrada. – 18. Le scusanti tipizzate e il limite di inesigibilità ricondotto agli art. 43 c.p. e 27 Cost.

(*) Il testo riproduce la trascrizione, solo corretta per la veste scritta e con un paio di integrazioni concettuali, oltre che con l'aggiunta di un apparato di note essenziali, della lezione svolta a Roma, al Corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, su *Il sistema della protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*, nei giorni 28-30 maggio 2018.

1. Il problema culturale della colpa.

Il nucleo di quello che vorrei dire non è un discorso semplicemente tecnico, ma innanzitutto culturale, perché noi veniamo da decenni di una cultura oggettivizzante in materia di colpa dove fondamentalmente la colpa era vista come un elemento oggettivo-normativo: il contrasto della condotta con una regola. L'abbiamo imparato anche all'Università, sicuramente in qualche manuale, e soprattutto nella prassi l'imputazione della colpa è stata vissuta e gestita così per moltissimo tempo, anche perché processualmente questa espressione che adesso commento è vicina all'80-90% delle contestazioni, dove l'inosservanza di cautele sarebbe il sinonimo della colpa, quasi la sua traduzione concettuale e sintetica in due parole.

Se peraltro fosse veramente così, questo ci condurrebbe ad adottare una concezione oggettivistica della colpa, perché l'inosservanza di una regola è un dato quasi estrinseco di violazione e antigiuridicità, antidoverosità e antinormatività: è la valutazione normativa di un comportamento.

Noi sappiamo invece che il sistema penale positivo, la stessa rubrica dell'articolo 43 c.p., ci parlano della colpa come *elemento soggettivo*, e addirittura *psicologico* per quella rubrica. La definizione della colpa come elemento psicologico contrasta tuttavia totalmente con la cultura dominante, con la prassi, dove la colpa non è elemento psicologico o semmai elemento soggettivo – che sia soggettivo non implica in effetti che sia anche psicologico –, ma più spesso, come già detto, è elemento oggettivo-normativo: richiamo ovviamente le concezioni normative della colpa e quindi l'inosservanza di regole preventivo-cautelari come “essenza” del colposo¹.

2. La normativizzazione della colpa tra ragioni di garanzia e finalità politiche.

Questa oggettivizzazione e normativizzazione della colpa ha varie ragioni al suo seguito, ragioni di garanzia, che vediamo brevissimamente, ma ha anche finalità politiche di diverso segno nel proprio codice genetico.

Le *ragioni di garanzia*, certo le più importanti, sono quelle che a un certo punto hanno fatto sviluppare le concezioni normative, perché la colpa non è un addebito

¹ Opere fondanti: M. GALLO, voce *Colpa penale* (dir. vig.), in *Enc. Dir.*, VII, 1960, 624 ss., 636-640 (gli elementi della negligenza etc. “senza appartenere all'elemento oggettivo del reato, costituiscono elementi oggettivi della imputazione soggettiva”; sono dunque una “tipologia puramente esterna della condotta colposa”: *ivi*, 637); G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 166 ss., 193 ss. Con maggiori aperture a un secondo momento soggettivo, di contenuto peraltro incerto, dopo il profilo oggettivo centrale, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 237 ss., 294 ss., 305 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I^o, Giuffrè, Milano, 2004, Art. 43/69 ss., 101 ss. La piena valorizzazione della colpevolezza della colpa e della colpa come elemento anche soggettivo verrà recuperata, a livello dottrinale, a far data dagli anni '90 del secolo scorso. Sull'evoluzione della teoria della colpa v. D. CASTRINUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1616 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa* (dir. pen.), in *Enc. Dir.*, *Annali*, X, 2017, 222 ss., 226 ss.

psicologico al soggetto perché non è stato abbastanza intelligente, non è stato attento, o perché è stato superficiale, non aveva rispetto per gli altri, era persona che trascurava diciamo i propri doveri professionali: questo sarebbe un giudizio quasi morale che sicuramente sul piano sociale sottostà alla valutazione normativa, la quale nella sua laicità ci dice peraltro, e semplicemente, che si è violata una regola. Però l'aspetto garantistico di questa traduzione poco personale e quasi formale è che la violazione di una regola se spersonalizza da un certo punto di vista l'addebito, tuttavia lo rende obiettivamente più chiaro e laico; il pubblico ministero e poi il giudice dovranno avere di fronte la descrizione di un fatto, non una valutazione etica; dovranno contestare e giudicare per un addebito dove non si dice semplicemente a Tizio che è stato disattento, o che trascura i doveri professionali, che non ha previsto quello che doveva prevedere ed evitare, ma che non ha osservato un determinato comportamento; quindi tassatività della contestazione, contestazione anche di ciò che si sarebbe dovuto fare etc. E poi attraverso questo addebito si impone la necessità di valutare che cosa sarebbe potuto accadere se si fosse tenuto un comportamento conforme. Ciò implica, rispetto al passato delle concezioni psicologiche, una diversa valenza dell'evitabilità dell'evento attraverso il c.d. comportamento alternativo lecito e quindi tutta una serie di accertamenti che le vecchie concezioni della colpa ovviamente non garantivano o non garantivano a sufficienza.

3. L'ingresso della prevenzione generale nella struttura della colpa.

Se questi sono gli aspetti garantistici, ci sono *altri aspetti più "politici"* che hanno portato a cristallizzare la categoria della colpa, la cultura della colpa in una espressione che veicola soprattutto messaggi di prevenzione generale². L'agente-modello – distinguo qui tra l'agente-modello e *l'homo eiusdem professionis et condicionis*, che anche se usati spesso come sinonimi presentano almeno in un certo tipo di utilizzo una diversa cultura, come vedremo –, l'agente modello è la quintessenza nell'ordinamento di una pretesa massima, è una sorta di superuomo al quale si può chiedere di tutto, perché prevede tutto, può evitare tutto, perché si può sempre fare meglio, perché a posteriori si può sempre costruire un modello comportamentale che avrebbe potuto evitare un evento, tanto più se questo evento è intollerabile, insopportabile, e non doveva assolutamente accadere. Quindi si carica l'agente-modello di esigenze di prevenzione generale, non di quella colpevolezza che va a guardare la responsabilità personale, individuale, a personalizzare il giudizio. Si mette un pieno di prevenzione generale dentro all'elemento ormai non più psicologico, ma normativo, perché è sempre il singolo soggetto concreto che è stato difettoso se non ha rispettato le massime

² Il discorso qui condotto riprende, e in alcuni punti approfondisce o chiarisce, quanto già esposto in M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bononia University Press, Bologna, 2013, 231-270, anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2013, 124 ss., a cui faccio rinvio anche per vari altri richiami bibliografici qui ridotti all'essenziale.

pretese che si sono ricostruite nella figura dell'agente-modello, ovviamente a posteriori, anche se è *ex ante*, che il soggetto doveva essere in grado di poter soddisfare quelle pretese³.

Si configura quindi di fronte a noi il rischio di costruire soprattutto un messaggio politico e preventivo per tutti quanti i destinatari che si devono adeguare ai massimi *standard*, perché a posteriori saranno valutati secondo questi parametri massimalisti.

4. Colpa e pericolo. Differenze. La colpa come elemento soggettivo.

Tutto ciò conduce quasi a *identificare la colpa con il pericolo*.

Facciamo in modo che non sembri troppo dogmatica questa idea. Prendiamo ad esempio una contravvenzione, una contravvenzione antinfortunistica: questo tipo di illecito penale non è un reato colposo, è un reato di pericolo, soprattutto le contravvenzioni che consistono in violazioni di regole preventivo-cautelari. Ne esistono tantissime, come noto. Chi non le osserva commette un reato di pericolo: che poi lo commetta dolosamente è un aspetto successivo, perché questo reato di pericolo può essere commesso dolosamente se *volontariamente* non si osservano le cautele e può essere commesso colposamente non per il solo fatto che si sia violata la cautela, ma per disattenzione, deficit organizzativo, per un addebito *soggettivo* di negligenza, imprudenza o imperizia che deve *aggiungersi* al dato estrinseco della violazione. La definizione dell'art. 43 c.p., che sembra dimenticarsi del soggettivo quando descrive la c.d. colpa specifica, deve dunque essere integrata in via ermeneutica, non seguita pedissequamente. Si faccia attenzione: se la colpa fosse mera inosservanza sarebbe già colpa quel fatto, sarebbe automaticamente colposa ogni contravvenzione antinfortunistica, e non occorrerebbe accertare altro. Invece, se la colpa è un elemento che rimane soggettivo, la regola cautelare è stata violata colposamente solo a determinate condizioni soggettive ulteriori. La sua inosservanza è di per sé elemento oggettivo del reato contravvenzionale.

³ Per una critica radicale all'impiego di figure normative costruite a prescindere dalle prassi normative in uso al tempo dei fatti ricordo in particolare gli scritti di F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La fattispecie*, Padova, 1993, Cedam, Padova, 1993, 242 ss.; ID., *La normatività della colpa. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 97 ss.; ID. *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2009, 165 ss.; v. pure D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca sul campo*, in *Criminalia*, 2008, 171 ss., spec. 191 ss.; ID., *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 633 ss. Sul tema, distinguendo tra *genesi* e *individuazione* delle regole cautelari, v. ampiamente D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 279 ss., 284 ss.; ID., *L'evoluzione teorica*, cit., 1616 ss., 1625 ss. Sulla frammentazione degli agenti-modello v. anche S. PREZIOSI, *Dalla pluralità degli agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cass. Pen.*, 2011, 660 ss.

Domanda: ma se alla condotta inosservante segue l'evento, il delitto colposo di lesioni o di omicidio hanno anch'essi per "elemento oggettivo" quelle violazioni cautelari che di per sé sarebbero l'elemento oggettivo di un illecito anticipato?

La risposta è negativa, come vedremo: se all'inosservanza contravvenzionale consegue l'evento lesivo involontario, gli artt. 589 e 590 c.p. non contengono come "elemento oggettivo" l'inosservanza cautelare, che resta (magari circostanza aggravante, ma di per sé soltanto) *indizio della colpa come elemento soggettivo* di quei delitti.

Si potrà obiettare: teoricamente siamo d'accordo, la colpa rimane elemento soggettivo, non è elemento oggettivo, però alla fine che cosa occorre accertare nel processo? cos'è che devo provare, oltre al fatto che è stata violata questa cautela che normalmente era esigibile? E che si è normalmente realizzata (per lo più contro gli interessi di chi ha commesso il fatto, e dunque contro l'intenzione) in un evento corrispondente a quelli da evitare, e che la sua osservanza l'avrebbe impedito? Vediamo di rispondere puntualmente a tutte queste ulteriori domande.

Prima di concludere sul punto una anticipazione quasi scontata ma decisiva: il pericolo si accerta sempre, quando non è presunto, tenendo conto del *miglior esperto* quanto al metro del giudizio e alla base del giudizio di prevedibilità; la colpa *non è mai presunta* e si accerta differenziando sempre i possibili tipi di *homo eiusdem condicionis et professionis*, come vedremo meglio tra poco.

5. Il fatto proprio della colpa tra punto di vista *ex ante* ed *ex post*.

Per veicolare nel processo le esigenze di un accertamento anche soggettivo, dobbiamo stare attenti naturalmente alla distinzione fra la responsabilità per fatto proprio, regolata dall'articolo 27 della Costituzione, e la responsabilità per fatto proprio colpevole, parimenti disciplinata da quella stessa norma costituzionale.

Un tempo alcuni pensavano che una volta realizzato nel sistema il *nullum crimen sine culpa* come principio costituzionale, sempre da ricondurre all'articolo 27 Cost. (in realtà esso è uno dei tre principi contenuti nell'art. 27, co. 1, Cost., insieme a fatto proprio e fatto proprio colpevole), non ci sarebbero stati più problemi di imputazione oggettiva, di accertamento del fatto proprio, di selezionare i rischi rilevanti da quelli sproporzionati, sopravvenuti, non di competenza, ubiquitari, non ascrivibili, dovuti a fortuito etc. perché attraverso il *nullum crimen sine culpa* tutto sarebbe stato risolto⁴.

Invece, tutto quello di cui stiamo discutendo dimostra esattamente il contrario: vale a dire che non basta avere la categoria della colpa, non basta un'imputazione per colpa per risolvere i problemi di responsabilità per fatto proprio, di selezione dei rischi

⁴ Illustrazione e confutazione di questo convincimento in M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali III*, 2010, 686 ss.; v. pure ID., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, spec. 1616 ss.

irrilevanti, o di responsabilità per fatto proprio colpevole, che come vedremo sono due momenti distinti.

La dottrina ha illustrato da decenni, e la giurisprudenza negli ultimi anni ormai l'ha cristallizzata in tante massime della Corte di Cassazione, della quarta Sezione, delle Sezioni unite, la distinzione tra punto di vista *ex ante* e punto di vista *ex post*.

Ricordo che quando ne scrivevo ai primi anni '90, era ancora un discorso molto lontano dal lessico giurisprudenziale⁵. Nel frattempo il linguaggio e le categorie sono cambiati, e nonostante i ritardi siamo contenti che sia successo, e devo dire che ho qui a fianco a me due rappresentanti straordinari di questi cambiamenti perché con il dottor Canzio e con il dottor Blaiotta abbiamo avuto scambi culturali, anche se a distanza a volte, o più ravvicinati, a seconda, ma che comunque hanno implementato questa interazione fra dottrina e giurisprudenza che vedo sta trasformando anche la mentalità di tanti magistrati, sradicando quella che è stata la cultura dell'oggettivismo, del normativismo estremo nella gestione della colpa.

Dicevo: punto di vista *ex ante* e punto di vista *ex post*.

Il punto di vista *ex ante* è quello della colpevolezza e della colpa in senso soggettivo, è il punto di vista del cittadino che deve poter conoscere le regole a priori, prima di osservarle o infrangerle.

Invece il punto di vista *ex post* è tendenzialmente quello della causalità, della *condicio sine qua non*, ma anche il punto di vista della causalità della colpa. Quando è successo un fatto c'è sempre la tendenza sociale prima, normativa poi, ad osservare le cose dal punto di vista della vittima, o del pubblico ministero, di andare retrospettivamente alla ricerca di quella che è stata la causa, la colpa, ἡ αἰτία, la causa colpevole e comunque quel fattore che avrebbe potuto impedire l'evento.

Se si accerta anche magari dieci o vent'anni dopo che cosa sarebbe successo se si fosse agito in modo conforme a diligenza, prudenza o perizia, la colpa che c'era o non c'era *ex ante* al tempo della condotta non cambierà più di un grammo, perché la *medesima* colpa che si è cristallizzata *ex ante*, a posteriori la si accerterà come materializzazione della colpa nell'evento, come il realizzarsi della colpa nell'evento e di quel rischio illecito che la violazione integrava. Tuttavia si dovrà partire non dal comportamento alternativo lecito di un qualunque *homunculus*, ma di quella figura (*homo eiusdem*) corrispondente alle pretese esigibili dal soggetto che viene in considerazione. Certo, se anche per il miglior agente-modello l'evento era inevitabile, la questione probatoria è risolta, ma il controfattuale va calibrato sulle cautele concretamente esigibili, non su quelle astratte.

Occorre qui fare attenzione, perché cominciano a essere un po' più delicati i rapporti fra la violazione della cautela e il momento soggettivo e colpevole della colpa.

In questo poliedro – almeno *un ottaedro* – in cui c'è qualcosa di oggettivo e qualcosa di soggettivo, ci sono tipicità e colpevolezza, indizi normativizzati e fatti

⁵ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 74 ss., 230 ss., 408 ss.; ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 159 ss. Da ultimo ID., *La personalità*, cit., 1612 ss., 1616 ss.

interni, e pluralità di tipologie di agenti, distinguere dall'oggettivo-normativo il soggettivo colpevole e il soggettivo incolpevole è centrale, ma la logica piramidale e delle categorie "sistematiche" inquadrata *per genus et differentiam specificam* non è per nulla illuminante, in quanto riflette un miope *esprit géométrique*: mi auguro di non alimentare incertezze e proprio perciò è necessario approfondire un attimo queste categorie.

Il punto di vista *ex ante* è il punto di vista del cittadino, del destinatario del precetto, che deve poter conoscere quando agisce quali sono i limiti dei doveri del suo agire: è questo il punto di vista proprio della personalità della responsabilità penale, quello della conoscibilità del precetto, dell'art. 5 del codice penale, ma anche tutte le sentenze della corte EDU, che oggi ci dicono che dobbiamo addirittura poter conoscere non soltanto la legge, ma la stessa giurisprudenza, anche la giurisprudenza che cambia, ma non deve mutare improvvisamente *in peius*⁶.

Orbene, il punto di vista *ex ante* illumina tutte queste figure e naturalmente anche le regole cautelari.

6. L'*homo eiusdem*, più che l'agente-modello, come alternativa alla *culpa in re ipsa*.

Cerchiamo adesso di arrivare all'aspetto centrale. Il punto di vista *ex ante* ci interessa per pervenire a un giudizio più personalizzato, che sia diverso dall'inosservanza di una cautela scritta, generale, impersonale, una regola cautelare non certo personificata come quella della colpa specifica, che riguarda semplicemente la migliore diligenza possibile nel contesto. Ora, se la colpa, oltre a essere violazione di una cautela – perché è sicuramente *anche* violazione di una cautela – ha una dimensione soggettiva e di colpevolezza, evidentemente non può identificarsi semplicemente con il livello di rischio giuridicamente rilevante che si è superato attraverso la violazione della regola, perché altrimenti sarebbe solo un'inosservanza pericolosa, la violazione del rischio consentito, il superamento dei limiti che la regola prudenziale oggettiva definisce. Invece, attraverso la stessa esistenza di diversi modelli di agente, gli *homines eiusdem condicionis et professionis*, che esercitano la stessa condizione e professione, si introduce una dimensione più soggettiva, differenziata. Appare istruttivo distinguere tra l'agente-modello e l'*homo eiusdem professionis et condicionis*⁷ perché nell'*homo eiusdem*, effettivamente sin dall'origine, dal lessico latino,

⁶ Sulla prevedibilità del diritto rinvio per un aggiornamento recente al numero 3/2018 quasi monografico di *Questione giustizia*, dedicato a questo tema.

⁷ Per varie considerazioni critiche sulla tenuta della figura dell'agente-modello, cfr. A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2011, 178 ss.; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1697 ss.; V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240 ss., 1267 ss., 1291 ss. Da diverso punto di vista, sempre critico al riguardo, F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1295; ID., *La normatività della colpa penale*, cit., 96 s.; D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, cit., 171 ss., spec. 191 ss.

ma anche dalla tradizione culturale che vive dentro questa espressione, si coglie l'attenzione alla differenziazione delle pretese che l'ordinamento, già da un punto di vista del precetto, cioè del comportamento che si deve tenere, che si può richiedere, introduce con riferimento alla colpa. Quindi non si tratta del massimo, del migliore, del più bravo di tutti naturalmente, ma è già un agente *ab origine* adeguato a pretese soggettivizzabili e differenziabili per categorie di soggetti.

Naturalmente questa prima soggettivizzazione non è sempre possibile là dove vi siano cautele scritte (specifiche) riguardanti sistemi o parametri di sicurezza che disciplinano già le tipologie di condotte, quella colpa specifica riguardante tutta una situazione di rischio normata, attraverso regole cautelari rigide, in particolare (per es. il limite di velocità o di conformità a regole fisse di un apparato di sicurezza). E tuttavia *anche qui* vedremo, sia attraverso il criterio della prevedibilità, sia attraverso il criterio dei diversi soggetti competenti a realizzare le pretese scritte per esempio in un ambito prevenzionistico normato, che abbiamo la possibilità di una differenziazione riguardante la *esigibilità concreta* di quelle regole.

Viceversa, la cultura dell'agente-modello indifferenziato esprime semplicemente le pretese della prevenzione generale, la quale dice: siete voi (destinatari) che dovete adeguarvi, perché noi (agenzie regolanti, magistrati dell'accusa etc.) dobbiamo realizzare a livello sociale il massimo della sicurezza e se noi magistrati chiediamo sempre di più attraverso una pretesa elevata di adattamento a regole molto severe, molto rigorose, ovviamente realizziamo anche il massimo della prevenzione generale, perché in questo modo diffondiamo un messaggio assolutamente forte alla collettività e ai destinatari. È come nel dolo eventuale, quando si diceva che consistesse in un rischio intollerabile, irragionevole etc. Chi ragiona così dice al destinatario della legge: non mi interessa che cosa pensavi, che cosa volevi, che cosa avevi in testa, che cosa hai deciso quando hai agito, perché alcuni tipi di rischi non si devono affrontare, se sono così elevati, così significativi perché la condotta che li attiva consapevolmente è socialmente sorretta da qualcosa che vale normativamente come dolo. È simile il concetto, è un concetto tanto simile che avvicina al *dolus in re ipsa* questa forma corrispondente di *culpa in re ipsa*. È incostituzionale come il *dolus in re ipsa*, perché è la negazione del principio di colpevolezza, della personalità della responsabilità come imputazione anche soggettiva e colpevole, perché identifica semplicemente una categoria soggettiva qual è il dolo e quale deve essere la colpa con un comportamento sociale⁸.

La *colpa oggettiva*, come si diceva commentando il concetto di agente-modello indifferenziato, è come una *culpa in re ipsa*, nel senso che non tiene conto,

⁸ Certo se si tratta di un dolo diretto la conclusione muta, naturalmente, perché in tal caso è pressoché certo, è elevatissima-pressoché sicura la probabilità che si verifichi l'evento. Ma anche qui, nel dolo diretto, è necessario un accertamento soggettivo, come stabilito dalle Sezioni Unite nel caso ThyssenKrupp, perché può subentrare una mancata percezione dell'atto compiuto, di alcune circostanze che co-definiscono la certezza dell'esito, o quell'accecamento che – nella colpa come nel dolo – almeno dalla tragedia greca in poi tutti sappiamo appartenere a fenomeni di fatale assenza di percezione di un fatto.

evidentemente, della esigibilità soggettiva del parametro della pretesa. E guarda soltanto a un agente oggettivo.

Nel secondo paradigma, il paradigma dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, invece, questo rischio è attenuato dal fatto che l'agente è soggettivizzato dall'inizio. Domanda: c'è una ragione anche pratica per soggettivizzare da subito questa pretesa? Vediamo di chiarirlo immediatamente.

7. Illecito e colpevolezza tra processo accusatorio e inquisitorio.

Vado qui a illustrare i due momenti. Primo è il livello dell'illecito, della violazione della cautela, dove l'inosservanza c'è stata; che fosse un parametro oggettivo o soggettivizzabile, c'è stata violazione. Dopo questo momento dobbiamo vedere però se comunque, nonostante ci sia stata un'inosservanza, la situazione soggettiva e personale consenta un giudizio, mediante un parametro valutativo che non è più una regola di condotta ma una regola di giudizio – come spiegherò un po' meglio dopo –, al fine di valutare l'esigibilità di quella pretesa, che pure è stata violata da parte del soggetto nella situazione concreta.

Non si tratta, nella prospettiva che presento, di una vera doppia misura della colpa, perché la soggettivizzazione della regola di condotta – per il medico specializzando, per il medico generico, per lo specialista, per lo sperimentatore – deve avvenire dall'inizio⁹. Così come la considerazione di conoscenze di fatto particolari (la 'base' del giudizio di prevedibilità) non può essere soggettivizzata in seguito *in malam partem* (caso di conoscenze superiori) – prima dico che non c'è un illecito o una violazione obiettiva, poi ti incolpo di nuovo (!) –, così altrettanto per le conoscenze o abilità inferiori: qualora le conoscenze "soggettive" della persona siano inferiori allo *standard*, perché questa soggettivizzazione dovrebbe avvenire solo in un secondo momento? A quale scopo? Se quegli elementi mancano e giocano a favore, è unitario il giudizio, non essendoci colpa a livello già di condotta (fatto illecito) e non solo di esigibilità soggettiva di una pretesa cautelare comunque esistente e disattesa. Non si fanno esercizi di retorica in sentenza, per es. dicendo: ci sarebbe colpa, ma nel tuo caso la regola non si adatta anche se l'hai violata! A cosa serve un tale meccanismo barocco di accertamento? Eppure la c.d. doppia misura della colpa induce a fare ciò, e lo fa perché *in realtà segue il percorso dell'accusa*: si configura come una teoria che prima serve all'accusa, e poi, eventualmente, alla difesa.

Senonché questo *modus procedendi* non può essere accolto in un processo di parti di tipo accusatorio, perché si adatta al solo *processo inquisitorio* e anche a una logica che risente di vecchie ipotesi di responsabilità oggettiva.

⁹ Esattamente, nella nostra dottrina, A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 147 ss., 195 ss., con ampio e aggiornato quadro comparato con la letteratura di lingua tedesca. Nella letteratura italiana pur orientata a mettere il soggettivo dentro alla ricostruzione della condotta tipica (e non nella colpevolezza normativa), a favore di una misura unitaria, già soggettivizzata, di agente, v. da tempo A.R. CASTALDO, *Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts*, in GA, 1993, 495 ss.

Potrà sembrare eccessivo questo accostamento che accusa una secolare letteratura tedesca che ha dato i natali alla teoria della doppia misura della colpa, di condiscendenza della teoria del reato alle logiche del pubblico ministero e oggettivizzanti la stessa responsabilità: eppure se a livello di teoria della colpa si ipostatizza una misura oggettiva è perché in primo luogo si contesta un “illecito” (non un fatto soggettivo, un mero comportamento) a una persona, per poi eventualmente “scusarla” soltanto in seguito (se l’illecito risulterà non colpevole). Lo strumento processuale che meglio si adatta a tale meccanismo “bifasico” è quello inquisitorio del *corpus delicti*: perché si intende prima agevolare la sola accusa nell’obiettivo di una prova del fatto oggettivo (il “constare de delicto”) e si riconosce a tale momento il ruolo fondativo di un fatto tipico e non giustificato: la c.d. misura oggettiva fonda infatti un *objektives Unrecht*, un torto oggettivo. Non si dimentichi questa origine “culturale” in realtà di tipo civilistico.

Tutto il momento soggettivo e della stessa colpevolezza emerge poi, quando è già provato un torto, e si autorizza la difesa a provare – ma solo dopo! – che l’autore dell’illecito è scusabile.

Invece, in un contesto di sistema orientato al *nullum crimen sine culpa* non ci sono illeciti oggettivi (eredità civilistica o della responsabilità oggettiva trapiantata in un processo inquisitorio), e l’ingresso del soggettivo fin da subito significa più spazio per la difesa, significa pensare in chiave non inquisitoria.

Premesso dunque al nostro discorso un illecito già anche soggettivizzato, con componenti soggettive, non oggettivo-incostituzionale-*in re ipsa*, veniamo alla colpevolezza.

Nella base della valutazione della colpevolezza rientrano – a parte tutte le scusanti comuni (imputabilità, ignoranza inevitabile della legge penale, errore putativo su una scriminante, eccesso non colposo in una scriminante etc.) – le situazioni che escludono la normale esigibilità di una cautela violata, le scusanti proprie della colpa (v. *infra*). Ma nella colpevolezza si valorizzano anche tutte le misure di gravità (colpa non lieve o grave) che danno davvero un contenuto di colpevolezza alla colpa, la quale se invece è soltanto lieve si avvicina praticamente all’inosservanza oggettiva della cautela, è quasi solo inosservanza obiettiva, senza un sostrato criminale o criminalizzabile.

Ora si dovrebbe parlare del fatto che *le cautele non sono elementi normativi del fatto*. Tuttavia si tratta di un concetto un po’ dogmatico, anche se non secondario, e lo lascio a commenti a margine o svolti altrove¹⁰.

¹⁰ Come scritto in altra occasione (M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa*, cit., 132 ss., § 4 e nota 25 *ivi*), gli elementi normativi del fatto, in caso di dolo sono oggetto del dolo, perché appartengono al fatto. Per dire che la colpa è elemento normativo del fatto (fatto punito anche in caso di dolo), occorrerebbe costruire un fatto oggettivo oggetto di colpa distinto dal fatto oggettivo oggetto del dolo (dato che se c’è dolo, non è richiesta la rappresentazione della violazione di cautele, che potrebbe anche mancare). Ma non solo l’art. 47 c.p. (che pure prevede la responsabilità colposa in caso di errore cagionato da colpa) non prevede due nozioni di “fatto che costituisce il reato”, ma una tale duplicazione è del tutto inutile: oggetto della colpa è *quel medesimo fatto*, però *come conseguenza* della negligenza, imprudenza o imperizia o per l’inosservanza di

Invece, molto più importante in questo momento è dire che cosa sono *in positivo* le cautele: non che cosa *non sono* (elementi normativi “del fatto” ex art. 47 c.p.), ma che cosa sono.

8. La violazione delle cautele come indizio della colpa-elemento soggettivo.

La *violazione delle cautele*, almeno nella ricostruzione che propongo – dato che l’inosservanza di cautele non è automaticamente colpa, in quanto si richiede la possibilità di accertamenti ulteriori, di verifiche ulteriori, di prevedibilità e di esigibilità – altro non è che un *indizio della colpa soggettiva, o meglio: della colpa come elemento soggettivo*.

Abbiamo già visto perché la colpa non è riducibile nella sua essenza a violazione di cautele, perché altrimenti sarebbe un reato di pericolo, un fatto semplicemente oggettivo, o un elemento pseudo-soggettivo *in re ipsa*. Tale violazione piuttosto è un indizio, un indizio importante per carità, in quanto normalmente ci si ferma qui perché non ci sono altri contro-indizi a favore, ma questo spetta alla difesa sostenerlo, naturalmente nel processo. Tuttavia, culturalmente, concettualmente, operativamente bisogna essere aperti e non chiusi al secondo possibile momento di valutazione di una diversa esigibilità soggettiva e personale.

Che poi statisticamente nei processi portati a giudizio questi riscontri e queste verifiche esimenti siano minori, naturalmente, è un altro discorso, ma occorre dire che l'accusa ha esercitato bene la sua funzione se quegli elementi non c'erano... o male ha fatto la difesa se c'erano e non li ha portati ad emersione. In ogni caso la frequenza statistico-processuale degli accertamenti soggettivi personali individualizzati è un aspetto distinto, perché da un punto di vista concettuale deve essere chiaro che la colpa non è solo oggettiva per il semplice fatto che normalmente non ci sono scusanti, o non ci sono profili soggettivi che emergono e che rendono imprevedibile l'evento e quant'altro; la colpa non è sinonimo di violazione di cautele e rimane elemento soggettivo anche in quei casi in cui non c'è niente in più da provare in concreto. Come nella maggior parte dei processi non devo verificare l'imputabilità, perché il soggetto rinviato a giudizio è quasi sempre imputabile, ma se non fosse imputabile ovviamente verrebbe meno quella capacità di intendere e di volere che rimane un presupposto fondamentale soggettivo-personalistico della responsabilità penale, anche se non la provo, e non la devo provare perché si provano solo i vizi di mente. E così dicasi per altre scusanti o comunque per certi stati soggettivi che si danno per impliciti, ma non come presunti *iuris et de iure*.

cautele scritte: in questa origine si collocano le regole cautelari quali precetti normativo-sociali la cui inosservanza indizia la colpa soggettiva. Infatti, non basta dire: non hai osservato; ma occorre chiedersi: *perché* non hai osservato? Per colpa? O per un'altra ragione? La normatività delle regole cautelari non le rende tecnicamente elementi normativi del fatto, ma parametri sociali che indiziano, con l'antinormatività della condotta tipica che co-definiscono, la colpa soggettiva.

Altrettanto dicasi per la colpa come elemento soggettivo: è fondamentale tenerlo presente, con la differenza che nella colpa i casi di non esigibilità possono essere nascosti, sono celati nei fatti, prima che nella persona, e vanno valorizzati di fronte a una prassi tradizionale che li svaluta.

Occorre pertanto una cultura aperta a questa prova, valorizzando la distinzione tra fatto proprio e fatto proprio colpevole.

9. La precedenza del fatto proprio.

Il *fatto proprio viene prima*. Se sono competente per un certo rischio, se sono l'amministratore delegato, o il responsabile per la sicurezza, o il caporeparto, a seconda dei settori, o sono invece l'operaio comune, ho diverse competenze, ho evidentemente determinati doveri e compiti che sono da me esigibili per la tipologia professionale che rivesto.

Questo appartiene ancora al *fatto proprio*, alla *condotta tipica*; è vero che posso già differenziare le figure, perché anche se ci troviamo nell'ambito della pretesa generale esistono regole cautelari che si adattano a diverse figure di agenti o di soggetti competenti o garanti nell'impresa e quindi questa pretesa già la differenzio; e se esigo da un soggetto ciò che posso esigere solo da un altro gli imputo il *fatto altrui*, che non è più fatto proprio: potrei dire che non c'è colpa, ma in realtà di tutta la categoria della colpa non è in gioco qui un profilo squisitamente soggettivo-individualizzato-personalizzato, ma già la delimitazione della competenza e quindi del dovere, vale a dire della regola di condotta per certe "categorie di soggetti".

Non saranno "colpevoli" perché non sono "competenti" per quei rischi. Ma *in primis* quei rischi non li riguardano come ambito del "fatto proprio", della condotta tipica.

Le moderne teorie del rischio o della imputazione "oggettiva" si occupano esattamente di questo profilo che non è ancora (ma dovrà poi essere sorretto da) colpevolezza, né elemento soggettivo¹¹.

¹¹ Fra gli altri, A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, *passim*; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 1988, 231 ss., 252 ss.; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 291-421; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *questa Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 ss.; ID., *Principi di diritto penale*, PG⁸, Giuffrè, Milano, 2003, 350 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol I^o, cit., Art. 40/5 ss., 41/20 ss.; L. CORNACCHIA, *Causa ad excludendum. La problematica de la interrupción del curso causal*. in *Revista Peruana de doctrina & Jurisprudencia Penal*, 2, 2001, 77 ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2004, 90 ss.; R. BLAIOTTA – G. CANZIO, *Causalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 821 ss., 827 s.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006, 68 ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass., pen.*, 2007, 365 ss.; M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, cit., 686 ss. Nella successiva manualistica, per es., S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, parte gen.², Il Mulino, Bologna, 2017, 366 ss.

Il primo livello dell'articolo 27 Cost., la responsabilità penale personale, è occupato dal fatto proprio oggettivo, distinto dal fatto proprio colpevole.

10. Fatto proprio e colpe collettive. Il processo per il terremoto dell'Aquila e l'art. 113 c.p.

Spendiamo ora due parole su un caso che a prima vista può sembrare distante dai normali *leading cases* colposi, e che invece è illuminante per la distinzione tra fatto proprio e fatto proprio colpevole.

Si tratta della sentenza Grandi rischi, relativa al terremoto de L'Aquila¹².

La sentenza di primo grado nel processo Grandi rischi è coltissima, piena di dottrina e riflessioni anche teoriche molto interessanti, devo dire. Una sentenza eccellente. Non ho peraltro condiviso fin dall'inizio un punto dell'accusa (e poi della decisione), che poi è stato riformato, che riguardava la responsabilità di tutta una serie di soggetti, i c.d. professori imputati per avere cooperato nella propalazione pubblica di un messaggio, veicolato dalla stampa e dai media aquilani, per la ritenuta incompleta o inesatta informazione "tranquillizzante" dei cittadini, che li ha indotti a rimanere a casa dopo la grande scossa della settimana successiva alla riunione aquilana della Commissione Grandi rischi.

Il *punctum dolens* dell'imputazione lo si capisce solo dopo la pagina 800, 820 della sentenza, perché prima è veramente stupenda nella motivazione, anche nella ricostruzione della causalità psichica con riferimento a tante ipotesi che poi hanno retto perché su una posizione, di una persona che poi è rimasta condannata definitivamente anche in Cassazione, sono accertamenti che hanno retto al giudizio successivo. Dove non ha trovato conferma la verifica è sul problema della determinazione dei soggetti, del fatto proprio delle persone che hanno sì partecipato a quella riunione, ma non alle attività di divulgazione.

Qui viene in gioco la cooperazione colposa.

Prego di fare attenzione perché la *cooperazione colposa* è un *meccanismo diabolico* che rischia di mangiarsi la responsabilità per fatto proprio, prima ancora della responsabilità per fatto proprio colpevole. C'è una sentenza che viene richiamata dalla decisione di primo grado nel processo alla Commissione Grandi Rischi, ed è una sentenza di Cassazione di cui era presidente il dottor Brusco ed estensore il dottor Blaiotta¹³; vicenda interessante, che riguarda proprio la cooperazione colposa, però nel caso concreto le argomentazioni in diritto erano state utilizzate anche per escludere la responsabilità di un soggetto perché non c'era la responsabilità per fatto proprio rispetto a uno di questi cooperanti; erano sette poliziotti che avevano pestato un arrestato cagionandone la morte, diciamo preterintenzionalmente: uno però era

¹² [Tribunale dell'Aquila, 22 ottobre 2012, Barberi e altri](#), consultabile in questa *Rivista*, 21 gennaio 2013.

¹³ Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2009 (ud. 2.12.2008), n. 1786, Pres, Brusco, est. Blaiotta. La sentenza è anche pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 2009, 571 ss., con nota di L. RISICATO.

rimasto in disparte e sicuramente non c'erano elementi per un suo coinvolgimento come "cooperatore"; si discuteva se tutti avessero egualmente picchiato o no, ma erano stati tuttavia per lo più quasi presenti e collaboranti; c'era per tutti il problema di individuare chi fece e chi non fece nulla o qualcosa; in realtà nel processo non era contestata la preterintenzione, ma l'articolo 55 c.p. (eccesso colposo) rispetto all'adempimento del dovere e alle percosse iniziali. Quindi omicidio colposo in eccesso e nell'ambito di una cooperazione colposa ad una attività anche di percosse-lesioni, ma nell'adempimento del dovere. Subentrano in Cassazione motivazioni in diritto che poi saranno riprese anche dalla sentenza grandi rischi e dalla giurisprudenza successiva la quale afferma, in sostanza: quando viene in gioco l'art. 113 c.p. sono applicabili anche tutti i parametri degli artt. 110 e seguenti del codice penale, anche la partecipazione di minima importanza *ex art. 114 c.p.*; ricordo al riguardo tutta la giurisprudenza sulla partecipazione di minima importanza, dolosa e colposa, che svaluta moltissimo, come noto, il criterio del contributo causale rendendolo semplicemente un contributo sostituibile poco influente, o che ha attivato una maggiore probabilità, agevolatoria e non condizionale. Di qui l'idea che anche nella cooperazione colposa non sia necessaria la prova del contributo causale di ogni cooperante, pur chiamato a rispondere del fatto cagionato collettivamente.

In altra occasione ho presentato una diversa interpretazione dell'art. 114 c.p., in uno scritto che mi piacerebbe pubblicizzare non per le mie idee, ma per l'esigenza che avverto da quando scrissi la mia tesi di laurea sull'agevolazione – quasi un impegno di vita, da allora – di risolvere un antico problema mai affrontato in termini persuasivi dall'entrata in vigore del codice Rocco¹⁴.

Voglio dire che non condivido quell'interpretazione, abbastanza frequente, della minima importanza come contributo superfluo, non condizionale, che si riverbera, si riflette sull'art. 113 c.p., perché anche qui il 113 rischia di diventare il *pass-partout* attraverso il quale se c'è stata una qualche cooperazione, una qualche collaborazione a un fatto "collettivo", l'accertamento del contributo individuale all'evento finale non richiederebbe una *condicio sine qua non*, come invece la responsabilità personale dovrebbe esigere. E la leva dell'art. 114, collegato al 110 e seguenti e anche al 113 che lo richiama, è stata almeno nel caso della sentenza Grandi Rischi proprio il punto sensibile, nodale. Che cosa è successo? Dice la sentenza aquilana, in relazione a sette imputati, sette tra i dieci componenti presenti il 31 marzo 2009 alla riunione all'Aquila della Commissione grandi rischi, che se avessero eseguito con prudenza, diligenza e perizia i loro doveri, imposti da varie fonti normative che disciplinano l'attività della commissione, ne sarebbe sortita una comunicazione pubblica alla cittadinanza che avrebbe impedito, anziché rendere possibile, come accaduto, la morte di ventinove persone, il ferimento di altre quattro (l'imputazione era maggiore, erano trentasei, ma alcuni sono stati esclusi in sentenza per ragioni di

¹⁴ V. ora M. DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, 325-349, spec. 345 ss., anche [in questa Rivista](#), 13 gennaio 2017, § 12.

accertamento concreto della causalità psichica etc.), perché non si sarebbero convinte a mutare secolari abitudini familiari e collettive che imponevano di uscire di casa dopo un forte scossa: tra il 5 e il 6 aprile ce ne furono tre, due prima di quella fatale. In questo accertamento il rapporto causale tra l'evento e la condotta non è connesso strettamente alle condotte individuali delle sette persone, ma al risultato collettivo, come se fosse stata *una condotta collettiva* di comunicazione pubblica, rispetto alla quale sicuramente si accerta che ha avuto un'incidenza su plurime famiglie aquilane, e tale accertamento ha trovato conferma fino in Cassazione, perché questa costruzione in punto di causalità psichica in larga sostanza tiene in termini causali (causalità psichica, non ...gravitazionale, ovviamente)¹⁵.

Senonché, il primo termine del rapporto, e qui entra in gioco la responsabilità per fatto proprio, la *condicio sine qua non*, non è stata verificata sulla *condotta di ogni singolo componente* individuato rispetto a ciò che veramente ha fatto, ma partendo dall'esito finale massmediatico della riunione, rispetto alla quale tutti avrebbero teoricamente potuto fare qualcosa di meglio, evitare che si facesse, che qualcuno propalasse (due componenti, in particolare, parlarono ai media) etc., ma alla fine non c'è una attenzione dovuta alla responsabilità per fatto proprio, questo almeno nella decisione di primo grado, a mio avviso, e ciò a seguito di un certo impiego di alcuni orientamenti della Cassazione sulla cooperazione colposa. Siccome questo è il motivo fondante per cui alla fine il giudicato si consolida sulla responsabilità solo per chi aveva pubblicamente fatto propria la comunicazione pubblica tranquillizzante in modo scorretto sul piano dell'informazione scientifica, occorre verificare chi abbia affermato che lo sciame sismico degli ultimi due mesi era un effetto positivo, uno "scarico di energie che escludeva una grande scossa futura". E tale verifica si concentra sull'unico imputato che aveva posto in essere una condotta personale di pubblicizzazione di quel preciso messaggio tranquillizzante e che ha avuto certi effetti secondo la ricostruzione giudiziale. La condanna di un unico responsabile (era l'imputato De Bernardinis, che neppure era un componente stabile della Commissione), può sembrare l'individuazione, alla fine, di un capro espiatorio, a fronte dell'immensità naturalistica di un evento sproporzionato rispetto a una possibile colpa nella comunicazione massmediatica. Tuttavia una verifica personalizzante, sul fatto proprio, c'è stata.

Invece, applicando l'art. 113 c.p., in primo grado si era potuto ritenere che la cooperazione di tutti esimesse da verifiche puntuali sul fatto proprio di ciascun cooperante.

Questo *meccanismo "concorsuale" di elusione probatoria* si verifica più volte nei processi colposi in cooperazione. In materia giuslavoristica per esempio.

Ecco, quindi, una illustrazione processuale del perché la responsabilità per fatto proprio deve precedere la responsabilità per fatto proprio colpevole: perché prima devo individuare il primo livello di competenza dei soggetti che hanno fatto, oppure

¹⁵ Interessante la consulenza antropologica tecnica utilizzata dai PM in primo grado per la prova della causalità psichica, poi pubblicata in forma monografica: A. CICCOZZI, *Parola di scienza. Il terremoto dell'Aquila e la Commissione Grandi Rischi. Un'analisi antropologica*, Derive Approdi, Roma, 2013.

omesso ciò che potevano e dovevano fare, e quanto hanno cagionato. E dopo posso vedere il livello ulteriore, o i diversi livelli della prevedibilità, dell'esigibilità soggettiva, e anche del comportamento alternativo lecito, della causalità della colpa ecc.

Lo stesso dicasi per i compiti del direttore generale, del capocantiere, del delegato alla sicurezza, etc., come già detto.

La colpa soggettiva intesa anche più profondamente come personale esigibilità in rapporto a situazioni motivazionali concrete, appartiene a uno *step* successivo, dovendosi prima individuare una competenza e la condotta dei singoli.

11. Il ruolo della prevedibilità, tra colpa ordinaria e colpa in contesto illecito.

Si innesta quindi, ma già *al primo livello*, il ruolo della prevedibilità, che non è ancora, si noti, un profilo di esigibilità o di inesigibilità: perché l'evento può essere prevedibile, ma risultare inesigibile, per circostanze concomitanti anomale, l'osservanza della cautela ricostruita.

Oggi devo dire che larga giurisprudenza, anche le Sezioni Unite Espenhahn, nel caso ThyssenKrupp, e sia pur con minore analisi sul punto anche le ultime Sezioni Unite Mariotti sull'art. 590-*sexies* c.p., riconoscono sia con riferimento alla colpa generica e sia con riferimento alla colpa specifica un'autonoma esigenza di verificare la prevedibilità¹⁶: non è vero che la violazione di una regola cautelare scritta consumi il giudizio di prevedibilità perché la prevedibilità sarebbe già presunta diciamo dalla *ratio* della regola cautelare che si assume violata; c'è invece spazio per un accertamento ulteriore di prevedibilità; si tratterà di vedere quanto e in che misura naturalmente, però quell'esigenza non è automaticamente consumata da una prima violazione cautelare.

Naturalmente il giudizio di prevedibilità tutti sappiamo che si è esteso moltissimo in certi ambiti, addirittura in contesto illecito, da quando le Sezioni Unite Ronci del 2009 lo hanno esaltato e concretizzato moltissimo. Con esito successivo non sempre conforme nella giurisprudenza che lo disconosce nell'omicidio preterintenzionale, dove ancora si seguono parametri oggettivistici, da responsabilità oggettiva occulta¹⁷. Invece nel caso della morte del tossicodipendente a seguito di cessione di stupefacente le Sezioni Unite Ronci vanno a concretizzare il parametro della colpa, nell'art. 586 c.p. e quindi in contesto illecito, con un'operazione che non ho mai visto nella colpa generica, nella colpa ordinaria, specifica, giungendo a verificare addirittura la situazione concreta del cedente e del cessionario, quali erano le condizioni di salute di quest'ultimo, se si poteva vedere, prevedere una

¹⁶ Cass. Sez. Un., 24.4.2014 (dep. 18.9.2014), n. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, ric. Espenhahn e a., caso ThyssenKrupp, § 25; Sezioni Unite 21.12.2017 (dep. 22.2.2018), n. 8770, Mariotti, § 4.1, 9.2.

¹⁷ Cfr. i richiami in M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza*, cit., 1607.

concretizzazione dell'evento, veramente straordinaria, in un caso di colpa in contesto illecito¹⁸.

Perché accade questo? Perché qui non ci sono in realtà regole vere, regole cautelari; qui anche se la sentenza dice che ci sarebbero, in realtà tutto si gioca sulla prevedibilità in concreto, perché non essendoci lo spacciatore diligente, prudente, come modello evidentemente, si va a verificare un tipo di situazione diverso da quello di un responsabile per la sicurezza. Perciò la prevedibilità gioca potenzialmente un ruolo straordinario, anche se non so poi davvero quanto nella prassi attuale – non ho fatto un'indagine, forse non è stata fatta, su – come veramente la giurisprudenza successiva alle sezioni unite Ronci in questi nove-dieci anni, abbia seguito e concretizzato questi parametri in tali settori.

In ogni caso questo è culturalmente il paradigma che ravviso.

E allora mi chiedo: com'è che nella colpa in contesto lecito ciò non avviene? In contesto illecito, dove prima avevamo addirittura la responsabilità oggettiva dichiarata, l'ordinamento diceva: non m'interessa accertare una qualche colpa, perché se sei già un delinquente tu hai solo la responsabilità oggettiva: *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*; non ti "riconosco" la categoria della colpa, perché la colpa la "merita" chi versa in contesto lecito di base e quindi l'imprenditore, l'automobilista, il medico, il normale utente di una qualche situazione di rischio consentito.

Senonché, se adesso personalizziamo, concretizziamo, così tanto e così bene la prevedibilità in contesto illecito, e in contesto lecito no, questo mi pare *un paradosso*...culturale di tipo nuovo.

E allora ricollegiamo a tale aspetto il problema dell'elemento soggettivo della colpa, e giungiamo finalmente al nucleo di questo discorso che ho introdotto, un po' alla lontana, ma spero e credo che le premesse che svolte siano state degli anelli, diciamo così, dei passaggi logici utili per arrivare al punto.

12. La colpa come elemento soggettivo, oltre i casi di colpa cosciente.

*L'elemento soggettivo della colpa*¹⁹ è in realtà riconosciuto nella categoria della prevedibilità, anche in contesto lecito, ma il problema è *come viene gestito* a livello di direi di elemento soggettivo tipico e a livello di colpevolezza.

Io distingo, come vari altri studiosi, le due categorie – tipicità-illecito *vs.* colpevolezza²⁰ –, che non sono la stessa cosa perché la colpevolezza riguarda un profilo di maggior esigibilità personale diciamo, che può dipendere o meno da situazioni anomale nelle quali il soggetto si trova, un'anomalia, un'alterazione della normale

¹⁸ SS.UU., 22 gennaio 2009, n. 22676, Ronci, in *Foro it.*, 2009, II, 448 ss. (§§ 14, 15.1 e 15.2), con nota di TESAURO.

¹⁹ Cfr. M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit.

²⁰ A livello manualistico cfr. per es. S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Diritto penale*, parte gen.², cit., 463 ss., 491 ss.

motivabilità del soggetto e quindi della normale esigibilità della pretesa normativa, mentre il profilo soggettivo, dell'elemento soggettivo della colpa è normalmente espresso anche in questi momenti. Possiamo infatti chiederci: quali sono *gli aspetti soggettivi (anche se non psicologici) che ci sono realmente* e quali i *comportamenti diversi esigibili*?

La colpa sul piano soggettivo è non volizione dell'evento e contiene un errore nella rappresentazione o nell'esecuzione; chi è in colpa normalmente commette un errore nella valutazione o nella realizzazione del fatto, un errore sulla causalità, e ciò produce una perdita di dominio finalistico sul corso degli eventi. Pensiamo a che rilevanza gioca questo errore nel caso del dolo eventuale e della colpa con previsione: sei in colpa con previsione in quanto mi dimostri che ti sei effettivamente sbagliato, che non hai agito a costo di, perché proprio pensavi di farcela, hai valutato male il verificarsi degli eventi; anche se hai previsto, ma poi magari pur nel dubbio hai rimosso eccetera: ricordo le Sezioni Unite Nocera e poi le Sezioni Unite ThyssenKrupp sulla compatibilità fra dubbio e colpa²¹. Ricordo il caso *Lucidi*: sembra che non c'entri niente con questo, però il caso *Lucidi* è un'ipotesi illuminante e direi topica di dolo eventuale contestato poi trasformato in colpa con previsione in appello. Qui avevamo, sulla via Nomentana a Roma, un giovane che viaggiava ai 90 km/h, aveva superato due incroci con il rosso ai novanta all'ora, e ha investito poi un motorino con due persone che sono morte. Viene condannato in primo grado per dolo eventuale in abbreviato, in appello viene riformata la sentenza, e poi confermata in Cassazione la colpa con previsione. Quindi la ragazza che era con lui, che ha descritto tutto il fatto, il personaggio dell'imputato in particolare, cocainomane, violento, e il contesto, dove lei aveva l'obbligo di firma, tutta una situazione complessa, in cui i due, già in coppia, venivano da un litigio perché la ragazza aveva detto al Lucidi che aveva un altro uomo; lui era fuori di testa e quindi ha agito in pochi minuti, non ha meditato, chissà che cosa pensava mentre guidava come un matto con Valentina al fianco terrorizzata, e poi appena è successo il fatto esclama: "Vale (cioè Valentina), oddio Vale, li ho ammazzati"²². E questo fotografa in qualche modo il comportamento di chi ha pensato al rischio senza davvero vedere un evento, pur essendo un rischio evidentemente troppo elevato, irragionevole. Noi sappiamo che il legislatore per simili casi ha in seguito introdotto l'omicidio stradale (art. 589-bis c.p.) per eliminare tutta una serie di accertamenti soggettivi di questo tipo e dare una risposta general-preventiva che prima era recepita da questa giurisprudenza, come quella di primo grado nel caso *Lucidi*, applicando il dolo eventuale perché comunque c'era un rischio che non si poteva prendere in considerazione, un rischio appunto che non doveva essere attuato perché non era ragionevole agire così, perché – diceva quell'indirizzo giurisprudenziale – se fosse stato un rischio "ragionevole" ci sarebbe stata colpa, se invece non era ragionevole subentrava *normativamente* il dolo. Sdrammatizzato, ma anche aggravato, il

²¹ Cass., Sez. Un., 26 novembre 2009-30 marzo 2010, n. 12433, Nocera, in *Cass. Pen.*, 2010, 2548 ss., con nota di M. DONINI; Cass. Sez. Un., 24.4.2014 (dep. 18.9.2014), n. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, ric. Espenhahn e a., caso ThyssenKrupp, § 43.1.

²² GIP Tribunale di Roma, 26 novembre 2008, *Lucidi*.

versante punitivo della distinzione, i giudici di merito hanno recuperato la ragionevolezza tecnica della distinzione tra dolo e colpa su basi soggettive.

13. La causalità della colpa come parametro di imputazione oggettivo-normativa.

Fatte queste premesse riguardanti *veri accertamenti soggettivi*, sappiamo invece che la *causalità della condotta* e la *causalità della colpa* non c'entrano con questi accertamenti, perché sono tutti *ex post*, sono due cose diverse, sono descritte negli articoli 40 e 43. Non stiamo adesso a commentarli, li ricordo qui semplicemente come parametri oggettivo-normativi di imputazione dell'evento a una condotta soggettivamente già acclarata come inosservante.

Passiamo invece alla cosiddetta *misura soggettiva della colpa* e alla cosiddetta colpevolezza o *colpevolezza colposa*, perché questi termini nella dottrina e nella giurisprudenza si mescolano e non è così semplice, non è sempre anche utile tracciare distinzioni così rigorose su queste figure confinanti, nel senso che tra tutte le distinzioni è importante, è molto più importante che ci sia la responsabilità per *fatto proprio* e per *fatto proprio colpevole*: che poi si dica che è un problema di tipicità soggettiva, di colpevolezza, di colpa in generale, interessa meno, interessa naturalmente il risultato, però indubbiamente, concettualmente qualche distinzione è necessario che la proponga.

14. Verso la colpevolezza colposa. Tipologie soggettive di confine.

Nella ricostruzione prospettata abbiamo *regole di condotta* che sono le regole cautelari, seppur differenziate, e chi le viola realizza una sorta di illecito di condotta, almeno a livello comune diciamo che ha violato una regola; si tratta poi di vedere se, oltre alla prevedibilità, alla causazione, all'evitabilità etc. sussista anche un profilo più personale di scusabilità, o di non esigibilità. Il momento della valutazione della inesigibilità, o della colpa soggettiva, passa attraverso *diverse tipologie di assenza e presenza di colpa soggettiva e/o di esigibilità*, che stanno tra il fatto tipico (il fatto proprio) e solo alcuni chiaramente dentro al tema della colpevolezza colposa.

Qualche esempio:

1) *misura soggettiva differenziata per classi di agenti*: non c'è colpa e quindi non c'è responsabilità perché il soggetto non corrisponde alla categoria di riferimento, non era il conducente provetto ma era un neopatentato, non era il medico specialista ma era un medico generico in una situazione di emergenza, insomma non si può pretendere da questa tipologia di agente il comportamento che da un altro si potrebbe pretendere, non c'è colpa, ma non c'è neanche in realtà violazione di una pretesa adatta all'*homo eiusdem*. Un altro *homo eiusdem* sì, sarebbe responsabilizzabile; e quindi non c'è colpa a livello di tipicità, perché è anche già soggettivizzata, in qualche modo più diversificata la pretesa, che per *quell'homo eiusdem* non è stata violata.

2) *Imprevedibilità soggettiva per le circostanze del caso concreto*: ricordo che qui tantissime sono le sentenze, ma una mi ha colpito di recente per una simile vicenda professionale in un processo penale. La sentenza edita è Cassazione sezione quarta, 5 maggio 2014: è un caso in cui abbiamo una massima in tema di infortuni sul lavoro e di responsabilità colposa, dove il parametro della prevedibilità dell'evento deve essere accertato con criteri *ex ante*, si dice; è una motivazione essenziale ma molto efficace, c'era anche il dott. Dovere, estensore Blaiotta²³. Il parametro della prevedibilità dell'evento dev'essere accertato *ex ante*, si afferma; la fattispecie narra di una manovra errata e imprevedibile del conducente di una piattaforma aerea a noleggio, un muletto, introdotto nel cantiere senza la debita informazione del coordinatore della sicurezza, che era imputato; il conducente aveva posizionato la macchina in violazione delle direttive contenute nel manuale di istruzione, su tavolette non idonee e con una limitata apertura, un inadeguato posizionamento degli stabilizzatori, che aveva determinato la perdita di stabilità e il conseguente ribaltamento del mezzo. Ora, nella motivazione si dice: lo stesso giudice di appello, ricostruendo la dinamica dei fatti, ha dato atto che la successione degli eventi dimostrava l'interruzione dei canali informativi a seguito della quale vi era la dimostrazione in atti che nessuna delle ditte presenti nel cantiere aveva comunicato al soggetto, al responsabile della sicurezza, l'ingresso presso il cantiere di una nuova società risultata essere l'unica nella disponibilità della piattaforma aerea cingolata. Qui il giudizio si innesta *a latere* di un accertamento di responsabilità per quell'evento in capo ad altro soggetto giudicato separatamente, e su altre ritenute violazioni, come l'assunzione di una posizione di garanzia di fatto che la Suprema Corte ritiene non legittimamente contestata (con violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza); in ogni caso una concreta imprevedibilità nel realizzarsi di un rischio accentra in sé la valutazione della situazione pregressa, e viene dato spazio a una imprevedibilità, da parte del soggetto che pure potrebbe avere commesso anche altre, distinte inosservanze più generiche con riguardo (ipotizzo) a obblighi concorrenti di controllo di fonti di rischio nel cantiere, ma tuttavia su queste possibili distinte contestazioni il rischio diciamo imprevedibile di un ingresso anomalo e quindi il risultato concretamente imprevedibile, fondano la conclusione che non poteva essere richiesto al soggetto un comportamento diverso.

3) Esiste poi *il tema delle difficoltà tecniche e dell'esclusione della colpa non grave*; è il tema diciamo dell'art. 2236 c.c., ma anche del nuovo art. 586-*sexies* c.p. Del 2236 e naturalmente... di tutta la discussione in corso anche con riferimento a vari settori non è possibile ora fare una disamina. In dottrina da un po' di tempo alcuni autori sostengono l'esigenza di introdurre a livello generale nel sistema il requisito della colpa grave come limite generale normale diciamo della responsabilità penale per colpa, lasciando alla responsabilità civile diciamo tutti gli altri livelli²⁴. Qui ricordo la

²³ Cass., Sez. IV, 5 maggio 2014, n. 18515.

²⁴ *Amplius* DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., 154 ss., ma già ID., *Teoria del reato*, cit., 368 ss.; negli stessi termini G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità oggettiva, oggetto e struttura del dolo*, in S. MOCCIA, a cura di, *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Esi, Napoli, 2007, 191. La soluzione della colpa grave per i reati colposi, significativamente recepita a livello definitorio

recklessness in common law; ricordo la *imprudencia grave* prevista per la maggior parte delle ipotesi colpose nel codice penale spagnolo, che adesso è un po' cambiato prevedendosi anche la *imprudencia menos grave*: però la negligenza lieve è comunque esclusa dall'ordinamento spagnolo anche dopo l'ultimissima riforma; ricordo la *Leichtfertigkeit* del codice penale tedesco, che in tantissimi casi prevede solo la colpa grave per la responsabilità penale, ovviamente tipizzata a seconda delle fattispecie, chiaramente non tutte, ma è molto diffuso questo modello, che noi recepiamo solo in modo eccezionale. Perché in Italia c'è l'art. 217 della legge fallimentare, dove sono tipizzate le spese eccessive, le operazioni di pura sorte o quelle manifestamente imprudenti, o l'aver compiuto operazioni di grave imprudenza o altra grave colpa. È comunque un'eccezione. Un'altra eccezione è l'art. 2236 c.c. per le speciali difficoltà tecniche richieste da determinate prestazioni professionali e che delimitano la responsabilità alla sola colpa grave; un'altra eccezione era nella legge Balduzzi, naturalmente. Poi abbiamo avuto, come tutti sappiamo, l'apparente abbandono della distinzione tra colpa grave e lieve nel nuovo art. 590-*sexies* c.p. introdotto dalla legge Gelli-Bianco²⁵. Come noto, le Sezioni Unite Mariotti (Sez.Un. pen., 21 dicembre 2017/22 febbraio 2018, n. 8870, Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, Ric. Mariotti) hanno reintrodotta in via ermeneutica quella distinzione secondo una lettura ritenuta costituzionalmente conforme, così correggendo alcune irragionevolezza della normativa. Possiamo dire che in vari settori c'è una cultura sempre più attenta a profili di colpa non lieve o grave come i soli rilevanti penalmente, *perché quando basta la colpa lieve, l'addebito diventa facilmente un caso di responsabilità oggettiva*: la mera inosservanza estrinseca di un parametro normativo. A noi adesso interessa un discorso *de lege lata* e qui, naturalmente, il problema è quello di valorizzare là dove abbiamo comunque un discorso di colpa, l'assenza o la presenza di una colpevolezza colposa a seconda che le circostanze concrete siano lette da una cultura giudiziaria che valorizza i profili di esigibilità e non semplicemente la prevenzione generale, perché se partiamo dal condizionamento ermeneutico di una premessa di prevenzione generale saremo sordi ai profili di esigibilità. Se invece partiamo da una premessa attenta alle questioni della colpevolezza personale, quindi della responsabilità personale, necessariamente saremo

anche nel *Progetto Pisapia* (art. 16.1, lett. f) quale parametro di riferimento, è ora in vario modo presente nelle linee di riforma prospettate dalle ricerche più recenti in tema di colpa: F. BASILE, *La colpa in attività illecite*, Giuffrè, Milano, 2005, 890 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 529 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare* in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di Ronco, *Il reato*, IP, Zanichelli, Bologna, 2011, 657; G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpa cosciente e "colpa grave", alla luce dei diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. Pen.*, 2009, 5013 ss., 5028 ss. con riferimento alla responsabilità medica, v. il *Progetto* elaborato dal CENTRO STUDI "FEDERICO STELLA", *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso, ETS, Pisa, 2010, 47 (art. 2) e 73 ss. (relazione introduttiva). Ampiamente, su tale progetto di riforma, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012, 404 ss.

²⁵ Sull'evoluzione della normativa rinvio a C. BRUSCO, *La responsabilità sanitaria civile e penale*, Giappichelli, Torino, 2018; F. VOLPE, a cura di, *La nuova responsabilità sanitaria: dopo la riforma Gelli/Bianco (Legge n. 24/2017)*, Zanichelli, Bologna, 2018. V. pure l'illustrazione dell'evoluzione normativa, prima delle Sez. Unite Mariotti, in M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 261 ss., 344 ss.

più aperti, anche se questo ovviamente ci costringerà ad ascoltare di più le difese, a perdere un po' più di tempo, ad ascoltare naturalmente qualche accertamento in più che potrà essere introdotto nel tema del processo.

4) Una *quarta ipotesi di soggettivizzazione/inesigibilità della colpa riguarda l'omessa verifica del fatto proprio, con violazione dell'articolo 27, per contestazioni collettivistiche di condotte*. Ecco, a mio parere – come già detto – questo era il caso della prima sentenza sulla Commissione Grandi Rischi, con riferimento almeno a sei posizioni su sette, dove il problema della colpa soggettiva, dell'inesigibilità, doveva essere risolto in realtà sul versante – a monte – della responsabilità per fatto proprio, proprio perché non c'era stata un'adeguata definizione di ciò che avevano fatto i singoli soggetti che erano presenti alla riunione e quindi era stata accomunata la condotta di uno o più soggetti della Commissione a quella di altri che invece non avevano contribuito in modo chiaro ed evidente a questo tipo di rischio che è poi quello che si è materializzato. Questo, come già chiarito, è un problema di fatto proprio precedente, anche se ha sempre a che vedere con un profilo in qualche modo soggettivo. È un livello di soggettivizzazione che riguarda già la competenza, i diversi *homines eiusdem*, l'incidenza delle loro singole condotte, il fatto proprio, e dunque sicuramente la condotta tipica, prima dell'esigibilità soggettiva di un comportamento diverso.

5) Viene infine in considerazione il quinto punto qui indicato e cioè a) *la misura soggettiva-individualizzata della colpa*, oppure b) *la presenza di scusanti o situazioni di inesigibilità*. Vediamo di distinguere i due profili, che sembrano attenere entrambi alla c.d. colpevolezza colposa, ma sono differenti.

Prima di chiarire definitivamente la distinzione, una premessa definitoria si rende opportuna.

15. Per una definizione della colpa come illecito (condotta tipica ed evento non giustificati) e come colpevolezza.

Sul piano della condotta la colpa è una *violazione di cautele dovuta al comportamento di attivazione cosciente o involontaria di un rischio illecito addebitabile al soggetto*; e *sul piano dell'evento* è la *realizzazione del rischio illecito in un evento non voluto, ma cagionato per errore*. Alcuni criteri normativi di imputazione dell'evento *ex post* (scopo della regola cautelare, causalità della colpa) si aggiungono alla ricostruzione *ex ante* dell'inosservanza secondo diverse figure di *homo eiusdem professionis et condicionis* e al parametro della prevedibilità dell'evento. L'illecito colposo di mera condotta (per es. contravvenzionale) può essere molto tipizzato per legge, ma la colpa non coincide con la mera inosservanza cautelare (fatto pericoloso, compatibile anche con una inosservanza dolosa); invece, la causazione colposa dell'evento ha sempre modalità tipiche implicite, è un modo di agire (o di omettere), i cui tratti sono *derivati dalle cautele*, non descritti nel reato di evento, nell'incriminazione.

Il profilo della colpevolezza, invece, riguarda anche il reato doloso, ma aggiunto al fatto colposo esso restituisce una connotazione non di colpevolezza indifferenziata, ma di colpevolezza *colposa*, che riguarda *“l'atteggiamento antidoveroso della volontà, valutato*

nelle sue qualità e differenze psicologiche, alla luce della normalità delle condizioni personali e sociali che hanno determinato o influenzato la motivazione del soggetto nella realizzazione del fatto tipico”.

Il piano della colpevolezza colposa, del tutto confinante con la colpa come elemento soggettivo del fatto, tocca profili di individualizzazione del giudizio e di esigibilità personale alla luce di regole di giudizio, ed è quello ancora meno consolidato nella riflessione teorica, nonostante alcune opere importanti vi abbiano dedicato analisi molto acute negli ultimi anni²⁶.

Vediamo di tentare qualche schematizzazione utile anche sul piano della prassi, ma sempre prima di tutto della cultura del reato colposo, che sola può condurre a diverse aperture e politiche giudiziarie.

16. Il rapporto tra la c.d. misura soggettiva della colpa e le scusanti.

Cominciamo dalla misura soggettiva-individuale della colpa. Facendo propria una larga corrente dottrinale, *la c.d. teoria della doppia misura della colpa*²⁷, la Cassazione segue da alcuni anni una logica probatoria *a doppio step*, come da presso riportata. Sulla *colpa soggettiva*, anche una volta sussistente quella oggettiva, si rammenta, per es., in materia di amianto *Cass., Sez. 4, n. 16715 anno 2018 Pres. Blaiotta Rel. Dovere Ud. 14/11/2017*, al § 7.2: «Gli ulteriori rilievi attengono alla colpa in senso soggettivo: in relazione ai singoli imputati si assume che essi potevano fare legittimo affidamento sulla innocuità delle polluzioni rispettose dei valori limite previsti dalla normativa vigente; che non può essere rimproverato loro di non aver ridotto le esposizioni nocive perché non è dimostrato il superamento dei valori limite; che gli imputati non potevano conoscere a quali condizioni poteva insorgere il mesotelioma. Come è agevole rilevare, si pone con ciò il tema della prevedibilità da parte dell’agente concreto. Quindi è dell’agente concreto che vanno valutate le reali condizioni di operatività, per comprendere se la violazione cautelare, ormai presupposto acquisito, anche nella sua efficienza causale, sia del tutto scusabile (perché non esigibile in concreto un comportamento pur dovuto); e ove non lo sia, per ponderare la misura del rimprovero, a seconda che emerga una colpa lieve, una colpa ‘media’, una colpa grave

²⁶ V. in particolare gli scritti citati di Castronuovo, Canepa, Grotto.

²⁷ G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977/78, p. 275 ss.; E. BORSATTI, *La soggettivizzazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Indice pen.* 2005, 75 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., cap. VIII e IX, spec. 560 ss. (e 365 ss., 511 ss. sulla colpa come elemento soggettivo); A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 147 ss., 195 ss. e *passim*; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli, Torino, 2012, 230 ss., 266 ss.; v. pure S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi Coppi*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2011, 73 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (dir. pen.)*, cit., 231 ss. (§ 9) e 243 ss. (§ 15); M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017, 56 ss., 85 ss. Tra le opere più generali sulla colpa, a favore della c.d. doppia misura, v. p.t. G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 294 ss. Per una diversa costruzione del rapporto tra misura oggettiva e soggettiva, M. GROTTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, Torino, 2012, 165 ss., 204 ss., 338 ss., 357 ss., 402 ss.

o gravissima (sul punto, le chiare indicazioni contenute in Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013, dep. 09/04/2013, Cantore, Rv. 255105). Il quesito non è più, quindi, se le norme prescrivevano di evitare l'aerodispersione dell'amianto; ma è se di tale regola e degli effetti della sua violazione, la cui esistenza è stata acquisita, l'imputato avesse una ignoranza scusabile e se (passando al piano della prevenibilità) egli avesse la concreta possibilità di fare quanto sarebbe stato di sicuro effetto preventivo».

La giurisprudenza che segue la teoria della misura soggettiva della colpa va in ogni caso valutata positivamente per l'attenzione a profili di colpevolezza e per l'abbandono di logiche generalpreventive-oggettivizzanti che sacrificano l'art. 27 Cost. Ci si chiede peraltro se davvero esista una "seconda misura individuale", oppure se la sua verifica passi attraverso logiche probatorie ben distinte rispetto a quelle narrate dalla communis opinio.

Infatti:

a) o non si è violata una regola di condotta dapprincipio più soggettivizzabile, e allora si ritorna al punto n. 1 del par. 14 qui *supra*, perché la "vera cautela" adatta *all'homo eiusdem* non è stata violata, e non è stata violata non perché il soggetto sia "scusato" per un fatto comunque per lui "illecito": il fatto non è illecito, non è neppure tipico, avendo egli solo magari causato senza avere cause di giustificazione, ma la causazione non scriminata può essere illecito civile, non invece *illecito penale in assenza di condotta colposa: un illecito penale senza colpa non esiste*; oppure,

b) *tale regola è stata violata* perché applicabile al soggetto, e allora non resta che verificare se esista un illecito senza colpevolezza, una vera *situazione scusante* riconducibile a una *regola di giudizio*. Vediamo dunque quando il problema della colpevolezza passa attraverso una vera regola di giudizio, una vera e propria scusante. Che cosa significa una *vera regola di giudizio*?²⁸ Vuol dire questo: io considero che in generale, dopo la violazione di un precetto con l'integrazione di un fatto non giustificato e soggettivamente già coperto da una componente soggettivamente tipica della condotta volontaria o involontaria – anche nel dolo è così naturalmente, ma altrettanto e ancor più chiaramente nella colpa – noi possiamo avere spazio appunto per l'individuazione di ipotesi dove una violazione c'è stata, ma la situazione nella quale è stata commessa rendeva inesigibile l'osservanza, sì che non resta che valutare come non colpevole la violazione: c'è un illecito (fatto soggettivamente tipico e non scriminato), ma non la relativa colpevolezza. Il problema delle scusanti come regole di giudizio vuol dire che noi possiamo avere già la violazione di una regola di condotta, di un precetto, e tuttavia esiste un momento successivo di valutazione della responsabilità, riconosciuto dall'ordinamento, e con spazi ulteriori alle ipotesi tipiche costituite dalle scusanti, che la giurisprudenza può valorizzare. In tali casi l'inosservanza c'è stata in qualche modo, perché riguardava anche quella tipologia di soggetto – non è che riguardasse un altro e non lui – ma non può essere ascritta alla

²⁸ *Amplius* sul punto il nostro *An impossible Exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, spec. 40 ss. con ampi richiami; ID., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698 ss., spec. 718-722, §§ 7.4-7.9.

persona per la presenza di condizioni impedienti, concrete, e anomale. Già in tema di *homo eiusdem* si può contestare: se il soggetto non era *l'homo eiusdem condicionis et professionis*, per lui non risultava esigibile l'osservanza; o non era esigibile posto che non abbia assunto indebitamente un compito che non gli competeva. Lì però è una situazione originaria di assenza del fatto tipico. Ma se era *l'homo eiusdem*, può accadere che il parametro normativo risulti violato per situazioni contingenti anormali, di urgenza, emergenza, difficoltà operativa. Quali sono i parametri della inesigibilità?

17. Due casi di scusanti nel reato colposo: il caso del cercine e quello del conflitto di doveri degli agenti della Polstrada.

Cito *due casi* già editi e commentati in letteratura: *il caso dell'estrazione manuale del feto ostacolata dal cercine e il caso di conflitto di doveri degli agenti della polstrada*. Sono entrambe sentenze della Cassazione che hanno in qualche modo, anche se con motivazioni non del tutto rispondenti a quello che diremo, ma che nella sostanza hanno riconosciuto questo fatto. E cioè: *il caso del cercine* è il *caso Azzini*²⁹, una vicenda sanitaria in cui molto brevemente i medici sono tratti a giudizio per avere agito in modo imperito in una situazione di emergenza. Si trattava di operare in pochissimi minuti, perché quattro erano i minuti per potere arrivare a una salvezza del feto in questo caso, una volta che si era prima pensato a un parto naturale, ma il parto naturale non riusciva, e allora si è dovuto compiere un'operazione; nel frattempo peraltro, prima di decidere di arrivare a un parto cesareo, si è cercato di estrarre manualmente il feto senza provocare danni particolari alla donna attraverso una incisione del cercine, che è una neoformazione che si era creata a seguito dei cesarei precedenti e ostacolava la fuoriuscita del bambino. Nel tempo in cui si è deciso se fare o non fare questa incisione del cercine, che avrebbe provocato comunque una lesione alla vescica della donna, quindi non una lesione irreversibile, ma comunque una lesione, il trascorrere dei minuti ha avuto come conseguenza che quando ci si decise per l'incisione del cercine il bambino era ormai quasi soffocato, e quando è uscito dal corpo della madre era già morto. Premesso che fu una decisione assunta in situazione di emergenza, si accerta a posteriori che la condotta migliore sarebbe stata incidere subito e con vantaggio di tutti nessuno sarebbe morto. Tuttavia si arriva a un annullamento della sentenza sul piano della colpa. Qui sostanzialmente la Corte di Cassazione valuta a favore del medico la situazione di emergenza escludendo la colpa. Ma non escludendo l'inosservanza oggettiva di una cautela. La regola di condotta restava quella accertata in giudizio come migliore: è la sua concreta esigibilità che viene messa in dubbio e porta un giudizio di scusabilità dell'inosservanza. In effetti, *ex ante* si può discutere quanto fosse percepibile la soluzione migliore, che solo *ex post* risulta sbagliata rispetto alle leggi dell'arte.

²⁹ Cass., Sez. IV, ud. 29 settembre 1997, n. 1693, Azzini (in *RP*, 1998, p. 358 ss.). V. il commento di D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, 202 ss., § 3.2.

Simile, ma diverso, è il caso del conflitto di doveri degli agenti della polstrada³⁰. C'è un'auto incendiata in autostrada. Gli agenti sopravvenuti si fermano e non mettono il triangolo; ma il caso lo possiamo leggermente modificare anche senza i doveri istituzionali degli agenti, la situazione che mi rappresento è questa: si soccorre direttamente l'auto investita incendiata, che può esplodere eccetera, senza mettere il triangolo; resta un conflitto di doveri tra il soccorso immediato salvifico e l'obbligo di postare il triangolo. Che cosa faccio, metto il triangolo, perdo tempo, o soccorro? Se metto il triangolo sono a posto, ma le persone in pericolo assai meno. Però subentrano rischi per altri soggetti sopravvenuti. In un caso di questo genere il soccorritore ha un'esigenza di risolvere la situazione e se compie la scelta sbagliata perché poi si verifica il danno e una lesione a seguito della scelta, perché si verifica un incidente con tamponamento, a quali condizioni può essere incolpato di questo esito? Certo il triangolo non l'ha messo, ha compiuto un'altra scelta. In questa situazione si potrebbe pensare di risolvere il caso a livello oggettivo, di scriminanti, ma la vera ragione per cui si dichiara non responsabile il soccorritore riguarda l'anormalità, l'anomalia della motivazione del soggetto che ha agito in una situazione in cui la osservanza della pretesa era francamente di discutibile, di difficile, di non esigibile cittadinanza. Abbiamo qui un profilo a mio avviso di *scusante*. Anche se non è espressamente codificata se non nel parametro normativo della colpa (art. 43 c.p.) e della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.).

Le ragioni della scusa, in entrambi i casi, non impattano sulla *regola di condotta*, che resta quella del comportamento non osservato. È una *regola di giudizio* a risolvere la decisione del caso³¹.

³⁰ Cass., Sez. IV, ud. 3 febbraio 2009, n. 274, Marino, in *CED*, rv. 243442, rel. Blaiotta. Per un commento v. D. CASTRINUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 214 ss., § 4.2.

³¹ Il concetto di *scusante* suppone che il fatto lecito sia possibile ma appunto inesigibile. Solo impropriamente si parla di *ad impossibilia nemo tenetur*. Nondimeno, l'attrazione della categoria resta a nostro avviso più naturale e utile sicura, sul piano del fondamento ermeneutico, nell'ambito della *colpevolezza*: quando si profila una inesigibilità a livello di condotta tipica, perché la pretesa riguardava un altro tipo di soggetto competente, per es., è la tipicità a venire meno, oppure l'omissione. Manca proprio il fatto: per chi non sa nuotare salvare il bagnante è impossibile, manca l'omissione, non c'è nulla da scusare davvero *ad impossibilia*. In questo manteniamo un riferimento più specifico del discorso sul piano della *colpevolezza*, anziché "dissolvere" l'inesigibilità in un *topos* ermeneutico generico trasversale alle diverse categorie. Per questa soluzione, invece, che risale all'impostazione del penalista tedesco Henkel del 1954, v. da ultimo (conformemente a quanto già sostenuto nella monografia del 1990) G. FORNASARI, voce *Inesigibilità*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento X, 2018, 362 ss., spec. 374 ss. (§ 18), 381 ss. (§ 24 e ss.). Qui, peraltro, una del tutto condivisibile difesa della legittimità ermeneutico-costituzionale della categoria (*ivi*, 377 ss., §§ 21-22), nonostante le tradizionali critiche sotto il profilo della riserva di legge e della tassatività. Ma la ragion d'essere della riconducibilità della categoria a una determinata *base giuspositiva* e non semplicemente "topica", a nostro avviso, qui indicata nel par. seguente, con riferimento *specifico* al reato *colposo*, rende necessario richiamarsi di volta in volta a una regola, a un istituto, a un principio di carattere positivo. Non esiste ermeneutica che non sia ermeneutica di un testo determinato. Per una analisi delle diverse clausole di inesigibilità esistenti nell'ordinamento v. C. cost. n. 5/2004, oltre alla citata voce G. FORNASARI, *Inesigibilità*, cit., § 27 ss.

18. Le scusanti tipizzate e il limite di inesigibilità ricondotto agli art. 43 c.p. e 27 Cost.

*In senso stretto, le scusanti sono tipizzate e codificate; il vizio di mente è una scusante, perché c'è la violazione (fatto antiggiuridico, illecito) ma prevale l'incapacità di intendere e di volere, così come in caso di impossibilità di conoscere la legge penale o il precetto; è una scusante il costringimento psichico, dove abbiamo il fatto, ma non c'è la esigibilità soggettiva della pretesa (*coactus voluit*); anche il caso fortuito può essere inquadrato come una scusante: quindi ci sarebbe secondo un linguaggio teorico più aggiornato, l'illecito, ma non la colpevolezza. Il paradigma teorico in qualche modo è questo. L'inesigibilità può dipendere non solo da una causa di esclusione della colpevolezza tipizzata, ma anche dalla applicazione diretta dell'art. 27, co. 1, Cost. 'dentro' all'art. 43 c.p.*

Ed è quanto si può ritenere nel caso del conflitto di doveri o nel caso del cercine.

In definitiva, la struttura stessa dell'addebito per colpa suppone che il soggetto possa non essere in colpa per due ragioni fondamentali: 1) *perché non ha violato una regola cautelare o perché questa violazione non si è materializzata nell'evento*; ovvero 2) *perché pur avendo violato illecitamente una cautela con esiti dannosi e lesivi, tuttavia si può valutare questa inosservanza, questo illecito, come incolpevole per ragioni inerenti a situazioni motivazionali anomale, che rendono inesigibile la condotta lecita*.

Non ogni causa di esclusione della colpevolezza è tipizzabile, soprattutto nella colpa e nella omissione, che sono a forte contenuto normativo. Nel reato commissivo doloso è più logico ricondurre le situazioni motivazionali anomale a figure scusanti tipiche: dallo stato di necessità scusante, all'ordine del superiore vincolante alle forme di art. 5, 87 ss. c.p. Nella colpa l'elemento soggettivo "colpa" ex art. 43 c.p. e nell'art. 40 cpv. c.p. l'elemento normativo "obbligo giuridico di impedire l'evento" contengono *al loro interno* un duplice livello di verifica dell'addebito. Non è in colpa chi osserva il precetto cautelare; ma non è in colpa anche chi, pur avendolo violato, non poteva agire altrimenti: ciò applicando direttamente il principio della responsabilità personale (art. 27, co. 1, Cost.) per escludere l'esigibilità soggettiva di un'inosservanza non rimproverabile.

Analogamente dicasi per il profilo omissivo in senso stretto che in parte si sovrappone alla colpa omissiva.

Esigenze di determinatezza *maggiori* di quelle presenti nella ricostruzione delle cautele non scritte non possono esistere rispetto alle scusanti, purché sia chiaro che il parametro è quello dei limiti socio-normativi all'adempimento di regole preventivo-cautelari o di obblighi di agire.

Esistono *parametri costituzionali del tutto impliciti*, desunti da interpretazioni sistematiche: si pensi al *principio di offensività*, che non è scritto da nessuna parte, propriamente, e si ricostruisce mediante argomentazioni complesse. Si tratta di un principio di cui oggi discorrono la Cassazione e la Corte costituzionale, e non solo la dottrina come avveniva un tempo: ma dove sta scritto questo principio a livello costituzionale, quale è la sua "tassatività"? Evidentemente, essendo *in bonam partem* c'è

consenso a costruirlo in chiave ermeneutica ben oltre i limiti angusti della vecchia concezione realistica del reato e dei c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo *ex art. 49 cpv. c.p.*: ma l'offensività riguarda anche la ricostruzione delle condotte tipiche, le regole di condotta, non solo le valutazioni giudiziali, cioè le regole di giudizio.

Il *principio di personalità della responsabilità penale* è invece assai più espresso, ma certo deve essere concretizzato anch'esso in via interpretativa.

Mi avvio alla conclusione. Ho incentrato il discorso su quello che è il punto fondamentale, che è un aspetto culturale, perché gli argomenti tecnici possono essere tanti, possono riguardare appunto la ricostruzione teorica dell'elemento soggettivo, della colpa come elemento soggettivo, come elemento che rinvia a indici normativi, oppure la tipicità della condotta, la tipicità soggettiva, la colpevolezza: ciò che conta molto di più, al di là di queste ricostruzioni teoriche, è la cultura della responsabilità penale personale, della personalizzazione, è trovare gli spazi per valutare meglio i profili di fatto proprio e di esigibilità. Per troppo tempo la colpa è stata riempita – attraverso la figura dell'agente-modello – di prevenzione generale, ed è diventata responsabilità oggettiva. Noi ci siamo occupati, oggi, degli strumenti per bilanciare questa tendenza col principio di responsabilità penale personale.