



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE
CICLO XXVIII

COORDINATORE Prof. Leonardo Ferrara

LA COLPA IN ATTIVITÀ ILLECITA

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottorando

Dott. Michael Andreas

(firma)

Tutore

Prof. Vallini Antonio

(firma)

Coordinatore

Prof. Ferrara Leonardo

(firma)

Anni 2012/2016

INDICE

CAPITOLO I

I TERMINI DEL DIBATTITO INTORNO ALLA COLPA IN ATTIVITÀ ILLECITA

1. Prima delimitazione del campo di indagine e note metodologiche.....	1
1.1. Ulteriore delimitazione dell'area di rilevanza della colpa in attività illecita.....	5
1.2. Conferme circa l'esclusione degli artt. 116, 117, 82 e 59 comma 2 c.p. dal novero della colpa in attività illecita.....	8
2. Panoramica degli istituti codicistici incentrati su di una divergenza tra voluto e realizzato ricondotti alla colpa in attività illecita.....	12
2.1. <i>Aberratio delicti</i>	13
2.2. Art. 586 c.p.....	16
2.3. Illecito preterintenzionale e delitti aggravati dall'evento.....	18
3. Rassegna delle tesi dottrinali e giurisprudenziali in ordine al criterio ascrittivo dell'evento non voluto <i>in re illicita</i>.....	26
3.1. La tesi della responsabilità oggettiva.....	27
3.2. Le tesi che affermano forme di responsabilità soggettiva, differenti dalla colpa, ma pur sempre compatibile con il principio di colpevolezza.....	31
3.3. La tesi della colpa in concreto.....	35
3.4. Tesi “oggettivo-soggettive” e illeciti preterintenzionali in senso lato.....	38
4. I singoli profili di attrito tra colpa e responsabilità <i>in re illicita</i>.....	40

CAPITOLO II

AMBIGUITÀ INTORNO AL “SIGNIFICATO MINIMO” DEL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

1. Principio di colpevolezza e art. 27 Costituzione.....	44
1.1. Corte costituzionale e principio di colpevolezza: in particolare le storiche sentenze n. 364/1988 e 1085/1988.....	46
2. Momenti di tensione tra <i>versari in re illicita</i> e principio di colpevolezza.	48
2.1. La valorizzazione del requisito della prevedibilità. Dalla calcolabilità al rimprovero.....	52
3. “Almeno la colpa” per gli elementi più significativi e prevedibilità in concreto dell'evento. I termini di un equivoco ?.....	53

CAPITOLO III

DOGMATICA DEL RISCHIO CONSENTITO E STRUTTURA DELLA COLPA

1. Premesse sistematiche in materia di colpa.....	58
2. La teoria del rischio consentito quale paradigma esplicativo dell'illecito colposo.....	64
2.1. La necessità di una presa di distanza dal rischio consentito per la ricostruzione della illiceità colposa.....	67
2.2. La posizione delle attività umane specialmente pericolose.....	70
3. La struttura dell'illecito colposo. Il disvalore di azione.....	74
3.1. Il problema del disvalore di azione nel reato colposo d'evento.	74
3.2. I rapporti tra dovere di diligenza e regola cautelare.....	78
3.3. La costruzione della regola cautelare secondo i criteri della prevedibilità e prevenibilità dell'evento.....	82
3.4. Le speciali conoscenze e capacità del singolo.....	86
3.5. Ruolo e funzione dell'agente modello.....	87
4. Specificazioni sulla funzione garantistico-tipizzante del dovere di diligenza. 89	
4.1. Conferme dell'impostazione qui adottata nell'ambito del classico problema sul trattamento delle superiori conoscenze e abilità dell'agente concreto rispetto all'agente modello.....	94
4.2. Riepilogo sui rapporti tra illecito colposo e libertà.....	97
4.3. L'astensione come concretizzazione del dovere di diligenza.....	99
5. Il disvalore di evento dell'illecito colposo. Evitabilità e comportamento alternativo lecito.	103

CAPITOLO IV

RICOSTRUZIONE DELLA COLPA IN ATTIVITÀ ILLECITA

1. Ulteriori delimitazioni del concetto di attività illecita.....	109
1.1. Specificazioni in ordine alla fonte della illiceità. La rilevanza della natura penale del divieto.....	109
1.2. Limitazione interna in ragione della funzione del divieto penale base: colpa in attività illecita e colpa specifica.....	113

2. Conclusioni in ordine agli ostacoli logico-concettuali opposti ad una piena affermazione della colpa ordinaria <i>in re illicita</i>.....	117
2.1. La ritenuta incompatibilità tra dovere di diligenza e obbligo di non commettere il fatto base doloso.....	117
2.2. La costruzione dell'agente modello <i>in re illicita</i>	123
2.3. Il ruolo dell'evitabilità e del c.d. comportamento alternativo lecito.....	126
2.4. Riepilogo ed esemplificazioni.....	127
3. Superamento degli ostacoli ermeneutici frapposti alla colpa <i>in re illicita</i>.....	132
3.1. Nucleo oggettivo e soggettivo dell'attività illecita base.....	134
3.2. Tentativo e concetto di <i>res illicita</i> con riferimento alle ipotesi base delle fattispecie di divergenza. Il rilievo autonomo dell'art. 83 c.p.....	135
3.3. I rapporti tra colpa <i>in re illicita</i> ed i c.d. illeciti preterintenzionali. Il rilievo autonomo dell'illecito preterintenzionale.....	139
3.4. Interpretazione residuale dell'art. 42 comma 3 c.p.....	141
4. Tensioni persistenti della colpa <i>in re illicita</i> rispetto al principio di responsabilità penale personale.	142
 BIBLIOGRAFIA.....	 147

CAPITOLO I

I TERMINI DEL DIBATTITO INTORNO ALLA COLPA IN ATTIVITÀ ILLECITA.

1. PRIMA DELIMITAZIONE DEL CAMPO DI INDAGINE E NOTE METODOLOGICHE.

Tizio, in sella alla propria bicicletta, mentre si sta recando a donare il sangue, investe involontariamente un anziano passante e ne provoca il decesso; Caio, medico, somministra ad un paziente, per esigenze terapeutiche, un medicinale a base di sostanza stupefacente, cagionandone tuttavia la morte; Sempronia, aggredita da un malvivente, nel difendersi lo colpisce al volto e ne causa l'accidentale caduta a terra con conseguente trauma cranico e morte.

La responsabilità penale dei suddetti attori dovrà, indubbiamente, essere valutata secondo il paradigma dell'omicidio colposo¹.

Ipotizziamo ora che Tizio, anziché diretto a donare sangue, stia trasportando droga, il medico stia “spacciando” sostanza stupefacente e che Sempronia colpisca, non un aggressore, ma un agente di polizia intento ad arrestarla per un furto.

Con riguardo all'evento-morte, in ragione dell'illiceità penale dell'attività base, la posizione dello spacciatore² dovrà essere vagliata secondo il parametro di cui all'art. 586³, quella di Sempronia alla stregua dell'omicidio preterintenzionale e quella del trasportare di droga sempre ai sensi della norma sull'omicidio colposo, nonostante contrarie opinioni che richiamano l'art. 586⁴. E' ampiamente discusso se in tali casi, e per effetto delle norme appena richiamate, il soggetto risponda della morte pur sempre per colpa. Trattasi del fondamentale problema della cosiddetta *colpa in attività illecita* concernente, in prima approssimazione, il modello di responsabilità per l'imputazione dell'evento non voluto conseguente ad un'attività base penalmente

1 Ed in specie, quanto a Sempronia, sulla base dell'eccesso colposo in legittima difesa.

2 Il tema della responsabilità dello spacciatore per la morte dell'assuntore della sostanza è un classico giurisprudenziale: fondamentale Cass. Pen., Sez. un., Sent. n. 22676 del 29 maggio 2009 (c.d. sentenza Ronci), anche per ampi riferimenti alle decisioni precedenti. Per pronunce successive: Cass. Pen., sez. III, Sent. n. 41462 del 02 ottobre 2012; Cass. Pen., sez. VI, Sent. n. 26072 del 08 giugno 2011; Cass. Pen. sez. VI, Sent. n. 19090 del 29 aprile 2010; Cass. Pen., Sez. VI, Sent. n. 25973 del 23 aprile 2010. Tutte le sentenze sono reperibili in banca dati *Dejure*.

3 D'ora in poi tutti gli articoli citati si intendono, salvo diversa indicazione, afferenti al codice penale.

4 Per un richiamo all'art. 586, in caso di incidente mortale durante illecito trasporto di droga: F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005, 146-147.

vietata⁵.

Il tema tocca in maniera trasversale questioni fondamentali del diritto penale, snodi particolarmente sensibili e nervi scoperti della dogmatica penalistica, tanto che può essere affrontato da molteplici punti di vista; le disarmonie, anche terminologiche, che percorrono la colpa, la colpevolezza, la responsabilità oggettiva e l'illecito certamente non agevolano l'interprete.

Per esaminare i rapporti tra “statuto dommatico” della responsabilità *in re illicita* e colpa “ordinaria”, assumiamo come punto di partenza, tra i vari possibili, quello più direttamente riconducibile all'impianto codicistico.

Nell'impostazione originaria del codice Rocco, la disciplina generale dell'ascrizione di un evento non voluto ruota attorno alla differenziazione tra ipotesi che richiamano direttamente la “responsabilità per colpa”, di cui all'art. 43 comma 1, terzo alinea, ed ipotesi ove il rimando a momenti “soggettivi” di valutazione del fatto non è espresso e rimane discutibile.

Più precisamente, il primo gruppo di norme, che rinvia esplicitamente a canoni di “colpa ordinaria”, comprende: art. 47 comma 1, a proposito dell'errore sul fatto determinato da colpa; art. 55 in punto di eccesso colposo nelle scriminanti; art. 59 comma 4 in ordine alla erronea supposizione di una circostanza di esclusione della pena. Queste ipotesi si caratterizzano per aderire ad un'attività base che, quantomeno

5 Unica opera monografica dedicata specificamente al tema della colpa in attività illecita è: F. BASILE, *La colpa*, cit., Milano, 2005. Nella manualistica l'argomento viene spesso trattato insieme alla colpa o nella responsabilità oggettiva. Dedicata espressamente un paragrafo alla “colpa in attività illecita” F. PALAZZO, *Corso di diritto penale – Parte generale*, Torino, 2013, 346 ss. Per articoli in riviste: F. BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle sezioni unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 911 ss.; R. BARTOLI, *“Colpa” in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2010, 1047 ss.; C. BRUSCO, *La colpa nelle attività illecite*, in *Cass. Pen.*, 3, 2012, 1164 ss.; A. CARMONA, *Il versari in re illicita “colposo”. Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale*, in *L'Indice penale*, 2001, 1, 223 ss.; ID., *La “colpa in concreto” nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. Pen.*, 12, 2009, 4585 ss.; F. DASSANO, *La colpa in re illicita: verso il superamento della responsabilità oggettiva*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, 2010, 249 ss.; A. LORETO, *Reati aggravati dall'evento e colpa nelle attività illecite. Un dibattito ancora aperto, tra incertezze dogmatiche e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2007, 419 ss.; S. PALMERINI, *L'imputazione dell'evento morte quale conseguenza non voluta di un reato doloso: il problematico approdo giurisprudenziale al criterio della colpa in concreto*, in *Leg. pen.*, 1, 2010, 45 ss. Il tema della colpa in attività illecita è poi trattato in opere di più ampio respiro dedicate alla colpa, alla responsabilità oggettiva ed all'imputazione oggettiva dell'evento, che verranno considerate e citate nel prosieguo.

nella rappresentazione del soggetto agente, è lecita.

Il secondo gruppo di norme, ove nella descrizione del criterio ascrittivo del “non voluto” manca un immediato richiamo alla colpa, concerne: art. 43 comma 1 terzo alinea – preterintenzione; art. 44 – condizioni obiettive di punibilità; art. 82 – *aberratio ictus*; art. 83 – *aberratio delicti*; art. 586 – morte o lesioni come conseguenza non voluta di altro delitto; art. 116 – concorso anomalo; art. 117 – mutamento del titolo di reato per la qualifica soggettiva del concorrente; le varie norme tipizzanti c.d. delitti aggravati dall'evento. La costante di queste ipotesi è ravvisabile nel *versari in re illicita*, una “illiceità”⁶ della situazione base che giustificerebbe l'ascrizione dell'evento “non voluto” secondo logiche essenzialmente oggettive. D'altronde, oltre a dolo, colpa e preterintenzione, l'art. 42 comma 3 prevede un'espressa apertura ai casi determinati dalla legge ove l'evento è posto “*altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione*”.

Abbiamo sinora volutamente tralasciato l'art. 59 comma 2 relativo all'imputazione delle circostanze aggravanti, in quanto rappresenta un elemento disarmonico rispetto alla rappresentata dicotomia tra disciplina dell'evento non voluto *in re licita* ed *in re illicita*. Invero, a fronte di un elemento circostanziale che, per definizione, accede ad un'attività penalmente illecita, ne viene espressamente prevista l'ascrizione almeno per “colpa”. Tuttavia, come noto, la versione storica dell'art. 59 comma 2 disponeva, coerentemente con l'impostazione generale riservata al *versari in re illicita*, l'imputazione oggettiva delle circostanze aggravanti. Soltanto con la l. n. 19 del 7 febbraio 1990 il legislatore ha previsto, in ossequio al principio di colpevolezza e sul solco tracciato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988, la necessità di accertare un momento soggettivo anche in merito alle circostanze aggravanti⁷. Insomma, l'art. 59 comma 2, in quanto destinato a regolare l'ascrizione di un evento

⁶ Tutte le norme *de quibus* vengono interpretate come afferenti ad attività penalmente illecita, tuttavia vedi le specificazioni svolte *infra* cap. IV, par. 1.

⁷ Sulla riforma del criterio ascrittivo delle circostanze aggravanti: G. MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti – La struttura soggettiva*, Milano, 1993; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1433 ss.; ID., *Le circostanze del reato. Origine sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000; VALLINI A., *Circostanze del reato*, in *Le forme di manifestazione del reato*, G. De Francesco (a cura di), (volume del) *Trattato teorico-pratico di Diritto Penale*, diretto da F. Palazzo e C. E. Paliero, Torino, 2011, 23 ss.

non voluto cagionato in attività illecita, appartiene al secondo gruppo di norme succitate ma, considerato l'espresso riferimento alla colpa, ne costituisce una “mosca bianca”.

La piena affermazione del principio di colpevolezza in materia penale, enucleato da dalla Corte costituzionale attorno all'idea della colpa quale significato minimo di colpevolezza per gli elementi più significativi della fattispecie, e la novella in tema di circostanze, hanno sicuramente sollecitato un impegno a ricercare e tematizzare, anche con riferimento alle altre ipotesi di responsabilità *in re illecita*, una qualche forma di rimproverabilità, pur sempre soggettiva, per l'evento non voluto.

Il problema di diritto positivo, con riferimento a queste fattispecie *in re illecita*, risiede appunto nel verificare se, al loro interno, si possa inserire - *de jure condito* o *de jure condendo* – un'autentica “colpa” o, quanto meno, un criterio ascrittivo dell'evento non voluto comunque compatibile con il significato minimo del principio di colpevolezza⁸.

Si tenterà, quindi, di ricostruire struttura e funzione della *colpa in attività illecita*. Occorre sgombrare subito il campo da un possibile sospetto di inversione metodologica: riferendoci alla *colpa* in attività illecita non si vuole ancora assumere ciò che deve essere dimostrato, ovvero che il criterio d'imputazione dell'evento non voluto cagionato *in re illecita* possa, già *de lege lata*, essere rinvenuto nella colpa in senso stretto. Si parla intanto di “colpa” perché la direzione finalistica dell'indagine è volta proprio a far emergere un modello di responsabilità che sia il più possibile armonizzato con il principio di colpevolezza.

L'ormai classico dibattito sulla colpa in attività illecita ruota attorno a tre nodi essenziali: se ed in che termini la colpa codicistica, intesa in senso tecnico, corrisponda alla forma minima di responsabilità personale; se la colpa, completa dei

⁸ Si salvano da questa complessità, a patto che siano “autentiche”, le condizioni obiettive di punibilità. Le abbiamo considerate nella seconda categoria di norme in quanto, anch'esse, riguardano un accadimento che si stanza su una condotta penalmente illecita e che, pur potendo essere non voluto, influisce nella dinamica punitiva. Tuttavia, le condizioni di punibilità in senso stretto c.d. estrinseche, non partecipando al disvalore del fatto, non manifestano quella tensione con il principio di colpevolezza tipica delle altre ipotesi di responsabilità *in re illecita*. Sulle condizioni di punibilità ed i rapporti con la responsabilità oggettiva vedi: F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2013, 807 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012, 345-346; M. ZANOTTI, *Condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 343 ss.

suoi contenuti, possa dal punto di vista logico-razionale operare anche *in re illicita*; se e sotto che profilo il dato normativo vigente già consenta una interpretazione del *versari in re illicita* conforme a Costituzione.

Nella valutazione dei tre grandi temi della colpa in attività illecita si dovrà procedere dal “dover essere” imposto dai principi costituzionali in materia penale verso la realtà codicistica. Si tenterà, quindi, di valutare il contenuto minimo di quel modello di ascrizione del fatto che, seppur destinato ad operare nell'inquinato terreno dell'illecito, riesca anche sotto il profilo logico razionale ad aderire maggiormente al principio della responsabilità penale personale; in particolare, il raffronto con gli ostacoli frapposti dalla legge ordinaria ad un pieno recepimento del modello “colposo” (e ferma restando l'eventualità che tali ostacoli risultino, invece, come si accennava poc'anzi, di carattere logico-strutturale, dunque tetragoni anche all'impatto delle direttive costituzionali) potranno svolgersi in coda al lavoro, preservando in tal modo la valenza conoscitiva della ricerca almeno in ottica riformistica o di controllo di costituzionalità. Invero, se a fronte di una incompatibilità tra colpa e attività illecita di natura logico-strutturale, dovremmo “rassegnarci” alla responsabilità oggettiva (salvo valutare la funzionalità di “valvole di sfogo” nell'ambito della teoria della causalità), un ostacolo afferente al solo dato positivo resterebbe ancora emendabile con un intervento del Giudice delle leggi o del legislatore.

1.1 Ulteriore delimitazione dell'area di rilevanza della colpa in attività illecita.

Rispetto alle norme che abbiamo visto essere dedicate all'ascrizione di un evento non voluto *in re illicita*, l'oggetto dell'indagine deve essere ulteriormente delimitato.

Sull'identificazione dell'area di pertinenza della colpa in attività illecita non si rinvengono, in dottrina, unità di vedute. Il nucleo costante delle fattispecie esaminate in quest'ottica è costituito dalle ipotesi di *aberratio delicti*, art. 586, illecito preterintenzionale e delitti aggravati da evento non voluto⁹. Solo eventuali sono i riferimenti al concorso anomalo¹⁰ ed al mutamento del titolo di reato per la qualifica soggettiva del concorrente, nonché al regime di imputazione delle circostanze

⁹ Adotta questa prospettiva, ad esempio, F. PALAZZO, *Corso*, cit., 346.

¹⁰ In questo senso si veda, ad esempio, F. BASILE, *L'alternativa*, cit., 12.

aggravanti. Tradizionalmente non ricevono invece considerazione né l'*aberratio ictus* di cui all'art. 82, se non in discorsi più ampi dedicati al tema della divergenza tra voluto e realizzato, né le condizioni obiettive di punibilità¹¹.

Peraltro, a sostegno di queste alternative speculative circa il raggio di rilevanza della colpa in attività illecita, non si apprezza un particolare sforzo argomentativo: il mancato richiamo dell'art. 117 viene talvolta motivato nel senso che qui il profilo di responsabilità oggettiva riguarderebbe non la conseguenza ulteriore non voluta, ma la qualifica soggettiva del concorrente¹²; talora si assumono toni generici nell'includere nel tema "colpa" *in re illicita*, anche gli artt. 59, 116 e 117¹³, benché si specifichi che, in seno al concorso anomalo ed al mutamento del titolo di reato, viene addossato al reo l'intero fatto tipico e non soltanto l'evento¹⁴; ancora, a proposito dell'imputazione delle circostanze aggravanti e dell'art. 116, non mancano richiami a indefiniti coefficienti soggettivi¹⁵.

Questo approccio eterogeneo dipende, ci pare, dall'angolo di visuale adottato dall'interprete. In particolare, chi identifica la questione della colpa in attività illecita con quella generale della responsabilità oggettiva, si occupa di tutte quelle fattispecie ove un qualsiasi elemento del reato - non necessariamente l'evento - possa essere addossato all'agente in via obiettiva, o secondo criteri che, seppur soggettivi, non concordano per difetto con il titolo di responsabilità previsto per l'intero fatto (ad esempio, le ipotesi ex artt. 116 e 117, ove il soggetto risponde comunque a titolo di

11 Per una prospettiva che parte dal problema della divergenza tra voluto e realizzato: M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Ristampa, Torino, 2006, 54 ss. Vedi tuttavia A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 333 ss., il quale vi riconduce - nella categoria dall'autore ritenuta essere quella afferente alla responsabilità *in re illicita*, denominata "responsabilità da rischio totalmente illecito" - anche l'*aberratio ictus* plurioffensiva e le condizioni obiettive di punibilità "a contenuto lesivo" (c.d. intrinseche). Abbiamo già precisato come la categoria delle condizioni obiettive di punibilità deve, invece, essere limitata soltanto agli elementi estranei al disvalore.

12 Così F. BASILE, *L'alternativa*, cit., 912-913.

13 G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, 171; G. MARINUCCI - E. DOLCINI E, *Manuale*, cit., 341 ss.

14 *Ibidem*.

15 Nel senso della colpa con riferimento all'imputazione delle circostanze e di qualcosa "di simile" alla colpa con riguardo all'art. 116 si esprime T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, 2012, 255 ss. e 302 ss.; Meno esplicito, riferendosi esclusivamente ad un "coefficiente soggettivo" per l'imputazione delle circostanze aggravanti e a un "modello colposo" per l'art. 116 G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 2014, 416 ss. e 513 ss.; con riguardo all'imputazione delle circostanze, per un chiaro riferimento al regime colposo vedi G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, Vol. 2 - Forme del reato*, Torino, 2013, 15 ss.

dolo, a fronte di un criterio ascrittivo al più colposo).

Occorre tuttavia sottolineare un punto. I nodi dogmatici della colpa in attività illecita, sarà più chiaro in seguito, afferiscono ai rapporti tra attività base illecita e quell'evento non voluto che sia elemento costitutivo del reato, trattandosi in definitiva di studiare il reato colposo d'evento in un retroterra già illecito. Rileva quindi la “colpa” ex art. 43 comma 1, alinea terzo, intesa come modello autonomo di responsabilità alternativo al dolo.

Non è invece affatto scontato che possa essere la medesima “colpa” a conformare la relazione psichica con ogni singolo elemento della fattispecie diverso dall'evento tipico offensivo, sia esso una circostanza o altro aspetto di un più ampio fatto doloso. In virtù di tale considerazioni, il criterio discretivo che ci pare corretto adottare, perché assicura il riferimento alla colpa in senso stretto, è quello della *astratta riconducibilità dell'ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato* in re illecita, *ad una fattispecie generale di reato colposo d'evento*; rileva soltanto, in questa ottica, la causazione involontaria di un evento offensivo previsto già come penalmente tipico da un'autonoma fattispecie colposa¹⁶.

Secondo il criterio qui proposto, afferiscono con certezza alla colpa in attività illecita le norme di cui agli artt. 83 e 586, l'illecito preterintenzionale ed i cosiddetti delitti aggravati da evento “necessariamente non voluto”. Restano fuori le autentiche condizioni di punibilità (quelle estrinseche), il concorso anomalo ed il mutamento del titolo di reato, le circostanze aggravanti nonché, con le dovute precisazioni, l'*aberratio ictus*.

¹⁶ L'aver affermato, nell'optare per questo piano d'indagine, che talune ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato sarebbero riconducibili, in mancanza della norma ispirata al *versari in re illecita*, al modello ordinario di reato colposo d'evento, non deve lasciar supporre come già risolto positivamente il problema della compatibilità logica tra colpa e attività base illecita. Invero, anche a voler ritenere che la colpa sia incompatibile con l'ambiente illecito, in assenza della norma sulla divergenza non si potrebbe certo sostenere l'impunità del fatto: che in un ordinamento regolato soltanto dall'alternativa dolo/colpa resti assurdo, ad esempio, non punire per omicidio colposo, in virtù di ritenuti limiti logici, chi con atti diretti a ledere colpisca la persona offesa con un martello in testa e ne provochi la morte, non abbisogna di particolare motivazione. A conferma della persistente riconducibilità, in ogni caso, dell'evento non voluto cagionato *in re illecita* alla colpa bastino peraltro i riferimenti a quegli ordinamenti stranieri che espressamente ammettono la colpa anche in attività illecita come ad esempio quello tedesco, ove il §18 StGB prevede espressamente la colpa quale criterio ascrittivo dell'evento ulteriore nei delitti qualificati dall'evento. Per approfondimenti sul punto si rinvia all'ampia trattazione in F. BASILE, *La colpa*, cit., 337 ss.

1.2 Conferme circa l'esclusione degli artt. 116, 117, 82 e 59 comma 2 dal novero della colpa in attività illecita.

In conformità ai criteri selettivi utilizzati per circoscrivere l'ambito di rilevanza della colpa in attività illecita, cerchiamo conferme in ordine all'esclusione degli istituti pretermessi.

Cominciamo dalle norme in materia di concorso anomalo¹⁷ e di mutamento del titolo di reato¹⁸.

L'art. 116 dispone, al primo comma, che *“qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione”* e specifica al secondo comma: *“se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave”*. L'art. 117 prevede: *“se, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso, muta il titolo di reato per taluno di coloro che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono dello stesso reato. Nondimeno, se questo è più grave, il giudice può, rispetto a coloro che per i quali non sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti, diminuire la pena”*.

Queste fattispecie rappresentano una divergenza tra voluto e realizzato soltanto dal punto di vista del concorrente che volle il reato diverso da quello storicamente commesso; nell'ottica della fattispecie plurisoggettiva il fatto, per la reciproca integrazione dei contributi concorsuali, risulta invero coperto da volizione.

Con riferimento all'art. 116 si segnalano recenti orientamenti giurisprudenziali che qualificano il criterio ascrittivo dell'evento al concorrente c.d. “nolente” in termini di colpa vera e propria, in specie di prevedibilità in concreto e violazione di una regola cautelare *in eligendo*¹⁹.

Ciò nonostante, riteniamo che debba essere confermata l'esclusione della fattispecie in parola (e dell'art. 117) dall'area problematica dell'autentica colpa in attività illecita,

¹⁷ In merito al concorso anomalo si segnala, in ambito monografico, A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966; vedi anche G. INSOLERA, *L'art. 116 c.p. come modello di responsabilità oggettiva: riflessioni interpretative e proposte di modifica*, in A. M. Stile (a cura di) *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 455 ss.; LA GRECA G. *sub art. 116 c.p.*, in G. Lattanzi – E. Lupo (a cura di) *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IV, Milano, 2010, 265 ss. Nella manualistica per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 546 ss.

¹⁸ *Ibidem*, 550.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. V, Sent. n. 44359 del 18 marzo 2015.

per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, il concorrente “ignaro” risponde del reato non voluto pur sempre a titolo di dolo, cosicché ha poco senso ricostruire il criterio ascrittivo secondo un modello colposo che comunque non si riflette nel titolo di reato²⁰.

Ancora, a voler richiamare la vera e propria colpa a fondamento della responsabilità del partecipe “nolente”, si dovrebbe ammettere la configurabilità di un concorso colposo (benché poi punito a titolo di dolo) nel reato doloso voluto dal concorrente, figura di dubbia ammissibilità dogmatica²¹.

Infine, e pare argomento insuperabile, anche a voler sostenere la possibilità di valutare il comportamento del concorrente privo di dolo alla stregua di una fattispecie colposa monosoggettiva, a mente dell'art. 42 comma 2 potrebbero essergli imputati soltanto quegli eventi che siano espressamente tutelati rispetto ad aggressioni in forma colposa. Così, ad esempio, il concorrente che volle la rapina non potrebbe mai rispondere, per concorso colposo o per colpa monosoggettiva, della violenza sessuale commessa dal correo, in quanto la violenza sessuale non è delitto espressamente previsto dalla legge come colposo²².

Le fattispecie concorsuali appena considerate, insomma, non reggono sempre a quella prova di resistenza concernente la loro natura derogatoria rispetto ad un generale reato colposo²³.

20 Esclude su questa base la riconducibilità dell'art. 116 alla colpa in attività illecita S. CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, in *St. Juris*, 1996, 1398. Peraltro, l'evoluzione interpretativa intorno all'art. 116 non ha veduto aprirsi il dibattito sull'alternativa tra colpa e responsabilità oggettiva. Ha invece visto l'intervento della Corte costituzionale che, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha negato la riconducibilità dell'art. 116 alla responsabilità oggettiva, in quanto il reato diverso voluto dal concorrente deve potersi rappresentare “*nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto*” (Corte. Cost., Sent. n. 42/1965). Rimane in ogni caso fermo che il soggetto risponde a titolo di dolo quando il dolo in effetti è assente. Parte della dottrina parla, a tal proposito, di responsabilità soggettiva “anomala”: F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 460.

21 Sul concorso colposo nel reato doloso Cfr.: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 545.

22 Impensabile è che il legislatore abbia voluto prevedere, all'interno dell'art. 116 e 117, fatti colposi rispetto ad ogni reato doloso, parificati *quod poenam* alla realizzazione dolosa, ammettendo così eccezionalmente il concorso colposo nel reato doloso in presenza di un dolo di reato diverso. Non si capirebbe, infatti, la ragione della parificazione del trattamento sanzionatorio tra concorrente colposo e doloso. Ma, soprattutto, si porrebbe in insanabile contrasto con la disciplina apprestata per la realizzazione monosoggettiva di un reato doloso, ove ex art. 83 il soggetto risponde dell'evento diverso non voluto soltanto se espressamente previsto dalla legge come delitto colposo.

23 Aderisce ai summenzionati momenti di criticità tra colpa e art. 116: E. BASILE, *Condotta atipica e imputazione plurisoggettiva: alla ricerca del coefficiente di colpevolezza del concorrente “anomalo”*

Per le stesse considerazioni, *mutatis mutandis*, trova conferma l'esclusione, dalla colpa in attività illecita, dell'*aberratio ictus monolesiva* di cui all'art. 82 comma 1, ai sensi del quale “quando, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere, salve, per quanto riguarda le circostanze aggravanti e attenuanti, le disposizioni dell'art. 60”. Per la tesi maggioritaria, non si tratterebbe di una ipotesi di vera e propria divergenza tra voluto e realizzato giuridicamente rilevante, in quanto la diversità inerente alla persona offesa non sarebbe idonea, già in base ai criteri generali di imputazione, ad escludere il dolo e non costituirebbe una non volizione dell'evento²⁴; per la tesi minoritaria la norma appresterebbe, invece, una deroga ai principi generali sul dolo, in quanto l'evento realizzato non sarebbe, nella realtà storica, quello oggetto di rappresentazione e volontà²⁵. Ora, sia aderendo alla prima che alla seconda impostazione, si deve comunque escludere quella interferenza tra la norma in esame e la colpa ordinaria, tale da fondare un autentico problema di colpa in attività illecita, dato che, ancora, il soggetto risponde a titolo di dolo e vi risponde anche ove il reato non sia autonomamente punito come delitto colposo.

Un discorso più articolato deve essere dedicato all'*aberratio ictus* plurioffensiva, di cui al secondo comma dell'art. 82, ai sensi del quale “qualora, oltre alla persona diversa sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole soggiace alla pena stabilita per il reato più grave, aumentata fino alla metà”. Orbene, la dottrina discute se l'evento non coperto da dolo sia attribuito, dal secondo comma dell'art. 82, a titolo di responsabilità oggettiva o di colpa in concreto. Secondo talune impostazioni, poi, la norma in parola presupporrebbe il concorso di due reati strutturalmente completi, uno doloso e l'altro colposo²⁶. In questo senso, tuttavia,

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2015, 1336.

24 Per questa tesi M. GALLO, (voce) *Aberratio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 68; M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 15-16.

25 Per questa impostazione L. CORNACCHIA (voce) *Reato aberrante*, in *dig. disc. pen.*, vol. XI, 172-173.

26 Per una efficace panoramica delle varie tesi relative all'*aberratio ictus plurilesiva* vedi A. VALLINI, *Commento agli articoli 82 - 82*, in T. Padovani (a cura di) *Codice Penale*, 4° ed., Milano, 2014, 598 ss. Nel senso dell'*aberratio ictus plurilesiva* come concorso tra reato doloso e reato colposo vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 393-394.

l'aberratio ictus plurilesiva si presenterebbe come un caso di autentico rinvio alla disciplina colposa, salvo doverne verificare il contenuto in attività illecita. Ove si ritenga che l'offesa non coperta da dolo resti punibile a titolo di dolo non si potrebbe, invece, considerare la norma in parola una ipotesi di *culpa in re illicita*. Ciò comporterebbe, peraltro, la rilevanza delle sole offese arrecate a quei beni che l'ordinamento tutela autonomamente in via colposa.

Veniamo, infine, all'imputazione delle circostanze aggravanti.

A tal proposito un profilo di divergenza tra voluto e realizzato²⁷ si apprezza – esclusi i casi in cui la circostanza si presenti necessariamente dolosa - per gli elementi circostanziali che in concreto non sono voluti dal soggetto agente. Come noto, con l'art. 1 della l. 7 febbraio 1990, n. 19, il legislatore ha sostituito il criterio oggettivo di imputazione con la “colpa”, proprio nell'ottica di adeguare la disciplina al principio di colpevolezza.

A fronte di questa chiara presa di posizione legislativa in merito alla configurabilità di una “colpa” *in re illicita* rimane aperta, nondimeno, la questione circa l'effettiva riconducibilità dell'elemento soggettivo così introdotto alla colpa ordinaria.

In aderenza al criterio delimitativo proposto, dobbiamo escludere l'imputazione delle circostanze aggravanti dal tema della colpa *in re illicita*.

A differenza che nel reato colposo d'evento, invero, in seno all'art. 59 comma 2 non si tratta di imputare un “evento” (non voluto) tipico di una fattispecie autonoma di reato, inteso come evento “giuridico” comprensivo dell'offesa²⁸; ancora, rispetto all'evento circostanziale, in assenza dell'art. 59 comma 2 non potrebbe venire in rilievo un modello colposo di responsabilità, atteso che difetterebbe l'autonoma previsione di quell'evento come delitto colposo²⁹.

Espunto l'art. 59 comma 2 dalla prescelta area di pertinenza della colpa *in re illicita*, rimane di indubbio valore l'espressa previsione normativa di un criterio di

²⁷ Inteso per “realizzato” la manifestazione offensiva del fatto che può comprendere, pertanto, anche le circostanze antecedenti o concomitanti all'azione e non solo quelle susseguenti.

²⁸ Si dirà che l'elemento circostanziale è tuttavia elemento costitutivo essenziale della fattispecie circostanziata e che quindi, in riferimento a quest'ultima ben potrebbe venire in rilievo la norma sull'elemento psicologico della colpa. Tuttavia, a ben vedere, la fattispecie circostanziata resta ancorata al titolo di responsabilità – doloso o colposo - di quella base, calibrato sull'evento offensivo.

²⁹ Unica eccezione potrebbe essere rappresentata dalle ipotesi in cui la circostanza aggravante di un reato sia già considerata autonomo reato colposo da altra disposizione di legge, sulla linea di quanto previsto dall'art. 84 in punto di reato complesso.

imputazione “colposo” *in re illicita* (posto che si pone un problema di imputazione di una aggravante, si fa giocoforza riferimento ad un soggetto da ritenersi già responsabile per il reato “base” cui detta circostanza accede). Se ne possono trarre, in particolare, due corollari afferenti alla colpa *in re illicita*.

In primo luogo, l'espreso riconoscimento di una rimproverabilità soggettiva per un elemento accidentale del reato, impone di adottare *almeno* un eguale metro per l'elemento essenziale, dovendosi così rinunciare a forme meramente oggettive di ascrizione dell'evento non voluto³⁰.

In secondo luogo, e conseguentemente, ove si ritenesse la piena compatibilità tra colpa normale e colpa *in re illicita*, e che il criterio d'imputazione delle circostanze aggravanti ne segua pedissequamente il contenuto, si dovrebbero ricavarne ragioni ulteriori, oltre al principio di colpevolezza, per sostenerne la penetrazione in tutte le forme di responsabilità *in re illicita*; in particolare considerazioni di ragionevolezza e uguaglianza³¹.

2. PANORAMICA DEGLI ISTITUTI CODICISTICI INCENTRATI SU DI UNA DIVERGENZA TRA VOLUTO E REALIZZATO RICONDOTTI ALLA COLPA IN ATTIVITÀ ILLECITA.

Abbiamo limitato il campo d'indagine a quelle ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato³² capaci di essere attratte nella disciplina generale del reato colposo d'evento. A tal fine, il realizzato deve presentarsi omogeneo a quello colposo: assenza di dolo, in conformità al contrassegno necessario del fatto colposo come “*contro l'intenzione*”; rispetto della condizione di espressa previsione *ex art. 42 comma 2* quale delitto colposo.

Il “voluto” si pone invece, rispetto al reato colposo d'evento, in relazione di specialità per specificazione: necessariamente illecito nelle ipotesi al nostro esame; indifferente

30 Cfr. sul punto le argomentazioni G. DE FRANCESCO, *Diritto penale – I fondamenti*, Torino, 2011, 465 ss.

31 Sui rapporti tra riforma del regime di imputazione delle circostanze e colpa *in re illicita*, *sub specie* di delitti aggravati dall'evento, vedi ID., *Opus illicitum: tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 3, 994 ss.

32 Sulla divergenza tra voluto e realizzato, oltre all'opera monografica di M. TRAPANI, *la divergenza*, cit., rilevanti spunti, per un approccio improntato alle relazioni strutturali tra fattispecie, in F. PALAZZO, “*voluto*” e “*realizzato*” nell'errore sul fatto e nell'*aberratio delicti*”, in *Arch. giuridico*, 1973, 27 ss.

- fintanto che non abbracci l'evento del reato³³ - nella colpa ordinaria.

Svolgiamo adesso un rapido esame degli istituti da noi ricondotti alla *culpa in re illicita*.

2.1 Aberratio delicti.

Ai sensi dell'art. 83 comma 1 “*Fuori dai casi preveduti dall'articolo precedente [offesa di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta] se per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, si cagiona un evento diverso da quello voluto, il colpevole risponde, a titolo di colpa, dell'evento non voluto quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.* Il comma 2 specifica: “*Se il colpevole ha cagionato altresì l'evento voluto, si applicano le regole sul concorso dei reati*”.

L'*aberratio delicti*³⁴ rappresenta l'ipotesi generale e paradigmatica di divergenza fondata su di un'attività base illecita, ove il “voluto” abbraccia qualsiasi reato doloso³⁵. Trattasi quindi della fattispecie di *culpa in re illicita* più affine al generale reato colposo.

Benché non conosca un pregnante risvolto prasseologico³⁶, l'art. 83 svolge un

33 M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., p. 3 nega che il reato colposo costituisca una ipotesi legislativa di divergenza tra voluto e realizzato, posto che la presenza di un voluto sarebbe meramente eventuale, non essendo necessario, alla fattispecie colposa, alcun coefficiente effettivo di volontà in senso psicologico. A voler aderire a questa interpretazione i casi di divergenza *in re illicita* da noi selezionati sarebbero comunque riconducibili alla colpa, apprezzandosi in tal caso una relazione che ci pare essere pur sempre di specialità, *per aggiunta* dell'elemento di volontà effettiva, comunque non incompatibile con la colpa finché non abbracci l'evento offensivo.

34 In tema: M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale, artt. 84, commento sub art. 83*, Milano, 2004, 787 ss.; L. GIZZI, A. NAPPI, *art. 83, in Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, (a cura di) G. Lattanzi – E. Lupo, Vol. IV, Milano, 2010, 482 ss.; G. DE FRANCESCO, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998; M. GALLO, (voce) *Aberratio*, cit., 58 ss.; L. CORNACCHIA, (voce) *Reato aberrante*, cit., 168 ss.; F. PALAZZO, “*voluto*” e “*realizzato*”, cit., 27 ss.; CONTI, (voce) *Aberratio*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1957, 37 ss.; M. TRAPANI, *La divergenza*, cit.; G. LEONE, *Il reato aberrante*, Napoli, 1964;

35 Cfr. M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 89 ss. il quale espone le argomentazioni tali per cui il concetto di “evento diverso da quello voluto” debba intendersi come penalmente illecito, affermazione invero comunemente condivisa. Si richiamano, quindi, i lavori preparatori, il riferimento nel primo comma dell'art. 83 all'errore nei mezzi di esecuzione “del reato”, la riconducibilità alla colpa delle ipotesi ove l'evento voluto sia penalmente indifferente. Peraltro, il secondo comma dell'art. 83, essendo riferito al concorso di reati, presuppone che già nell'ambito del primo comma il voluto sia penalmente illecito. E' tuttavia ovvio che la portata generale di cui all'art. 83 trova un limite nella presenza di altre norme specifiche, quali l'art. 586, l'omicidio preterintenzionale, i delitti aggravati dall'evento.

36 Nota l'assenza di casistica giurisprudenziale che utilizza l'art. 83 quale norma incriminatrice autonoma, venendo pressoché sempre richiamata unitamente all'art. 586, F. BASILE, *La colpa*, cit., 31.

fondamentale ruolo di raccordo tra colpa in attività lecite e *culpa in re illicita*, sollevando problemi interpretativi di primario rilievo sotto il profilo sistematico.

E' in primo luogo discussa la *ratio* della norma ex art. 83, intorno all'alternativa tra la tesi della natura meramente dichiarativa e quella della natura costitutiva.

La tesi della natura costitutiva ravvisa la ragion d'essere dell'*aberratio delicti* proprio nella deroga al modello colposo di responsabilità, in favore di quella oggettiva³⁷. Invero, si afferma, se l'art. 83 venisse interpretato nel senso della colpa, sarebbe norma inutile: i fatti ivi disciplinati risulterebbero già attratti dal reato colposo in caso di *aberratio delicti* monoffensiva e nella disciplina del concorso di reati in caso di *aberratio delicti* plurioffensiva. Per assicurare alla fattispecie aberrante una rilevanza autonoma, occorre quindi postulare un diverso criterio ascrittivo ed interpretare l'inciso "a titolo di colpa" come un richiamo, non all'intera disciplina colposa, ma soltanto alla quantificazione della pena ed alla selezione degli eventi punibili, a vantaggio di una ascrizione meramente oggettiva dell'evento non voluto³⁸. Sempre nell'ambito delle tesi "costitutive" si colloca quell'opinione minoritaria che assegna all'art. 83 la funzione di configurare, ai sensi dell'art. 42 comma 3, uno dei casi determinati dalla legge in cui l'evento è posto *altrimenti* a carico dell'agente. Questa tesi parte dalla premessa che la colpa conosca esclusiva rilevanza nelle attività lecite e sia "incompetente" a regolare l'ambiente illecito, ricavandone la necessità dell'art. 83 per fondare la responsabilità *in re illicita*³⁹.

La tesi della natura dichiarativa dell'*aberratio delicti* interpreta l'inciso "a titolo di colpa" nel senso del richiamo integrale al paradigma colposo ed assevera, senza imbarazzo, un valore solo esplicativo dell'art. 83. L'argomento principe di questa tesi – e l'obiettivo ricercato – è costituito dall'esigenza di interpretare la norma in modo conforme al principio di colpevolezza⁴⁰.

37 L. CONCAS, *I delitti qualificati da una offesa aberrante struttura e natura giuridica*, in *Scuola positiva*, 1965, 392; S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, 133; ID, *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 3, 889.

38 In questo senso vedi, oltre agli autori citati alla nota precedente, M. GALLO, (voce) *Aberratio*, cit., 61-62; M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 138 ss.

39 Se ne trova traccia, anche se non con diretto riferimento all'art. 83, in seno alla teoria della responsabilità da rischio totalmente illecito, il cui fautore principale è Antonio Pagliaro; v. *infra* par. 3.2.

40 Per ulteriori argomenti in favore della tesi della colpa, con ampio esame anche dei lavori

E' in secondo luogo discusso se, in seno al primo comma dell'art. 83, sia necessario che la volontà delittuosa si manifesti almeno nel tentativo del reato voluto⁴¹.

Per opinione largamente maggioritaria, il tentativo non costituisce affatto elemento necessario dell'*aberratio delicti*. Si sottolinea a tal proposito come l'art. 83 non risulterebbe altrimenti mai applicabile in riferimento a reati che non ammettono la forma tentata, *in primis* le contravvenzioni. Si richiama inoltre il dato letterale, silente rispetto alla necessità del tentativo⁴². Ma il vero “*knockdown argument*” risiede nel rilievo che, ove il tentativo del delitto base venisse attratto in seno all'art. 83 comma 1, si giungerebbe a conseguenze assurde; in particolare, l'autore di un tentativo, in caso di integrazione anche della fattispecie aberrante, verrebbe incomprensibilmente chiamato a rispondere, ai sensi dell'art. 83 comma 1, del solo reato colposo⁴³. Seguendo questa linea interpretativa, tentativo ed evento non voluto danno luogo ad una ipotesi di concorso di reati, attratta nell'*aberratio delicti* plurioffensiva⁴⁴ di cui al secondo comma dell'art. 83.

Un'ultima notazione riguarda i rapporti tra *aberratio*, errore sul fatto e reato putativo. Nella dinamica criminale volontà-realizzazione, il reato aberrante riguarderebbe i casi in cui sia il fatto voluto dal soggetto agente, sia quello effettivamente realizzato, si presentano tipici dal punto di vista oggettivo. Al contrario, nel reato putativo di cui all'art. 49 comma 1 e nell'errore sul fatto *ex art. 47*, la corrispondenza agli schemi oggettivi di fatti criminosi è parziale: abbraccia soltanto il fatto realizzato e non quello pensato nell'errore sul fatto; solo quello pensato e non quello realizzato nel reato putativo⁴⁵.

preparatori che confermerebbero questa impostazione, vedi F. BASILE, *La colpa*, cit., 98 ss. Per i riferimenti agli altri sostenitori della colpa in concreto sia consentito il rinvio ai par. 3.2 e 3.3 di questo capitolo.

41 In questo senso Cass. 7 novembre 1995, Ferraioli, CED Cass. n. 203345, citata in L. GIZZI - A NAPPI, *art. 83*, cit., 484;

42 M. TRAPANI, *la divergenza*, cit., 96 ss.; M. GALLO, (voce) *Aberratio*, cit., 62.; sempre contra la tesi della necessità del tentativo S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit. 45.

43 A differenza di chi, realizzando il solo tentativo e nessun evento ulteriore, rimane esposto alla fattispecie tentata.

44 Così M. GALLO, (voce) *Aberratio*, cit., 61-62; L. CORNACCHIA, (voce) *Reato aberrante*, cit., 182; G. LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 172; M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 97 ss.

45 Così L. CORNACCHIA, (voce) *Reato aberrante*, cit., 168 ss.

2.2. Art. 586 c.p.

La norma di cui all'art. 586, morte o lesioni come conseguenza di altro delitto⁴⁶ secondo cui “quando da un fatto preveduto come delitto doloso deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona, si applicano le disposizioni dell'art. 83, ma le pene stabilite negli articoli 589 e 590 sono aumentate” (d'ora in poi ci si riferirà in modo riassuntivo all'ipotesi della conseguenza mortale) risulta quella maggiormente feconda di spunti per poter sviluppare un discorso sulla responsabilità per attività illecita⁴⁷. Proprio nell'ambito dell'art. 586 si sono manifestati i principali approfondimenti dei rapporti tra colpa e cosa illecita, sia a livello dottrinale⁴⁸ che giurisprudenziale, con l'emblematico caso della responsabilità dello spacciatore per morte dell'assuntore della sostanza stupefacente⁴⁹.

Circa il “realizzato”, anche l'art. 586 si riferisce, indubbiamente, ad un evento estraneo all'oggetto del dolo, caratterizzato, rispetto al generico “evento diverso” di cui all'*aberratio delicti*, per essere costituito da morte o lesione.

Circa il “voluto”, la norma in parola arricchisce la descrizione del fenomeno aberrante precisando che deve consistere in un “fatto preveduto come delitto doloso”. Quest'ultimo costituisce un dato testuale decisivo per ritenere necessario, ai fini dell'art. 586 ed a differenza dell'art. 83, il raggiungimento della soglia del tentativo⁵⁰. Semmai, il dilemma si sposta al grado successivo, dibattendosi se il tentativo sia, oltre che necessario, anche sufficiente⁵¹.

46 Su questa fattispecie vedi S.TROMBETTI, *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, in *Trattato di diritto penale*, Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), Parte speciale, vol. VII, Torino, 2011, 219 ss.; M. LO PIANO, *sub art. 586 c.p.*, in G. Lattanzi E. Lupo (a cura di) *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. XI, Milano, 2010, 300 ss.; V. MILITELLO, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994, 198; A. M. STILE, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1977, 151.

47 Per queste considerazioni F. BASILE, *La colpa*, cit., 4.

48 *Ibidem*

49 Dalla già citata sentenza Ronci (Cass. Pen., Sez. un., Sent. n. 22676 del 22.01.2009) in poi la giurisprudenza di legittimità ha aderito, almeno formalmente, alla tesi della colpa in concreto quale criterio ex art. 586 in ordine alla responsabilità dello spacciatore per la morte dell'assuntore. Cfr *supra* nota 2. Peraltro, per la maggior parte, eccetto quella resa a Sezioni unite, si tratta di decisioni che confermano la condanna dello spacciatore o che annullano la sentenza di condanna, con rinvio, per difetto di motivazione in ordine alla colpa in concreto.

50 Oltre che per escludere, dal fatto base ex art. 586, le contravvenzioni.

51 Taluno, invero, afferma che per delitto doloso deve intendersi soltanto il reato perfetto, valorizzando in questo senso il dato letterale della norma confrontato con quello dell'art. 83, che parla esclusivamente di evento voluto; in questo senso V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Milano, 1984,

La norma costituisce, per l'opinione prevalente, una ipotesi speciale di *aberratio delicti* plurilesiva, ove gli elementi specializzanti risiederebbero nella tipologia di evento non voluto (lesione personale o morte) e nella condotta base (un delitto doloso)⁵². Dubbia è in dottrina la natura della norma di cui all'art. 586, dibattendosi tra reato autonomo, riconducibile allo schema preterintenzionale o al reato complesso, oppure ipotesi aggravata di *aberratio delicti* plurilesiva⁵³, con evidenti conseguenze circa la sua assoggettabilità al bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti concorrenti.

Rappresenti o meno norma speciale rispetto all'art. 83, la situazione di fatto assunta dalla fattispecie di cui all'art. 586, in mancanza di questa norma, sarebbe indubbiamente sussumibile nella previsione dell'*aberratio delicti* biooffensiva, o addirittura, mancando anche questa, nelle norme sull'omicidio e sulle lesioni colpose, (peraltro espressamente richiamate almeno *quod poenam*) in concorso con il delitto doloso base.

La differenza di disciplina rispetto all'art. 83 si apprezza sul piano sanzionatorio: la fattispecie ex art. 586 commina un aumento di pena rispetto all'ordinario concorso di reati. La ragione del trattamento deteriore viene costantemente identificata nell'esigenza di predisporre una tutela più intensa dei beni fondamentali della vita e della incolumità individuale. Proprio il previsto aumento di pena è specchio di un maggior disvalore rispetto all'*aberratio delicti*, che può essere alternativamente o cumulativamente rinvenuto: nel fatto base, rappresentato da un delitto doloso; nell'evento non voluto, offensivo dei beni primari della vita o dell'integrità fisica; in un nesso particolare tra delitto base e conseguenza ulteriore, sulla falsariga dello

312; G. LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 200. La tesi a favore della sufficienza del tentativo sottolinea come anche il delitto tentato sia a tutti gli effetti un reato perfetto ed autonomo rispetto a quello consumato e perciò idoneo ad integrare il delitto base richiesto dall'art. 586; in questo senso F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale – Delitti contro la persona*, Padova, 2011, 162; V. MILITELLO, (voce) *Morte o lesioni*, cit., 205.

52 Così in dottrina, ad esempio: T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 239; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 162; A. M. STILE, *Morte o lesioni*, cit., 145.

53 Ed in questo caso, risolvendosi in un concorso di reati, secondo una parte della dottrina costituirebbe un'ipotesi di concorso formale, in quanto le due disposizioni verrebbero violate con una unica azione od omissione, così S. TROMBETTI, *I delitti contro la vita*, cit., 244 ed autori ivi citati. Secondo altre opinioni si tratterebbe invece di concorso materiale, intravedendosi due distinte condotte, così F. DASSANO, *Colpa specifica ex art. 586 e funzione incriminatrice dell'art. 113*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 414.

schema tipico dei delitti aggravati dall'evento⁵⁴.

Proprio il tema del nesso di rischio tra delitto base voluto e morte o lesioni riceve in dottrina particolare considerazione, dove per l'opinione maggioritaria sarebbe sufficiente un ordinario rapporto di causalità⁵⁵, mentre secondo altre voci il rapporto andrebbe arricchito dalla necessaria manifestazione nell'evento del pericolo tipico creato dal delitto base⁵⁶.

2.3. Illecito preterintenzionale e delitti aggravati dall'evento.

Veniamo ora a trattare dell'illecito preterintenzionale e dei c.d. delitti aggravati dall'evento. Possiamo trattarli unitariamente sotto questo paragrafo atteso che taluni delitti aggravati dall'evento vengono ricondotti, come vedremo, ad un concetto di illecito preterintenzionale in senso lato.

La preterintenzione⁵⁷ è istituto di parte generale, identificato dal codice penale quale terza forma soggettiva di responsabilità, accanto al dolo ed alla colpa. L'art. 43 comma 1 secondo alinea specifica che il delitto “è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto”. Non si tratta, tuttavia, come messo in luce da attenta dottrina, di una inammissibile terza forma di colpevolezza che si aggiunge al dolo ed alla colpa; rispetto ad un determinato evento è invero impossibile, già da un punto di vista naturalistico, costruire uno stato intellettuale diverso dalla volontà, tipica del dolo, e dalla non volontà, riconducibile alla colpa⁵⁸. La preterintenzione rappresenta

54 Per una diffusa argomentazione sul punto con ampi riferimenti bibliografici S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 30-31. *Ibidem*, 32 ss. In ordine all'importanza della questione nell'ottica di illuminare i rapporti tra *aberratio delicti*, delitto preterintenzionale e struttura dei delitti aggravati onde verificarne eventuali strutture e logiche fondanti comuni.

55 F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 163, il quale tuttavia specifica come l'evento ulteriore debba derivare proprio dalla condotta del delitto base. Non manca chi, valorizzando la differenza testuale tra l'art. 586 e l'art. 83, ove il primo non ripete la necessità che l'evento derivi da errore nei mezzi di esecuzione del reato o da altra causa, giunge a negare la necessità di un rapporto di causalità in seno alla fattispecie di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, accontentandosi di un generico, e non meglio precisato, rapporto di consequenzialità; in questo senso R. PANNAIN, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965, 97.

56 Così S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 226 ss. L'Autore, su questa base, riconduce l'art. 586 alla categoria dei c.d. illeciti preterintenzionali in senso lato.

57 In tema, S. CANESTRARI, (voce) *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 697; Id., *L'illecito*, cit.; V. PATALANO, (voce) *Preterintenzione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, 355 ss.

58 S. CANESTRARI, (voce) *Preterintenzione*, cit., 697; R. FRESA, *Omicidio preterintenzionale*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da) *Trattato di diritto penale, Parte speciale, vol. VII, I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Torino, 2011, 143-144; V. PATALANO, (voce)

quindi una forma di responsabilità generale ed unitaria che richiama precisi contenuti sotto il profilo oggettivo e soggettivo, da ricostruire in via interpretativa⁵⁹.

La natura della responsabilità preterintenzionale viene ricondotta ora a descrizioni unitarie, ora a descrizioni dualistiche.

Afferiscono al primo gruppo quelle tesi, oggi minoritarie o addirittura abbandonate, enucleate a proposito dell'omicidio preterintenzionale, che ravvisano nella preterintenzione un unico reato doloso, aderendo evidentemente ad un concetto di dolo inaccettabilmente esteso⁶⁰. Sempre di stampo monistico è quell'opinione, diametralmente opposta, che riconduce tutto il fatto alla colpa⁶¹.

Nell'ambito delle impostazioni dualistiche o "miste", vi sono posizioni più articolate, accomunate dal negare, a ragione, il fondamento doloso della conseguenza ulteriore non voluta. La spiegazione della responsabilità viene quindi ricercata ad altri livelli di imputazione, *in primis* nella responsabilità oggettiva⁶² o nella colpa⁶³.

La compresenza di plurimi momenti ascrittivi all'interno del medesimo fatto viene ricondotta ora ad un concorso di reati⁶⁴, ora al reato unitario seppur qualificato da una diversità psicologica per taluni elementi⁶⁵, o ancora al reato complesso⁶⁶.

In aderenza allo schema espositivo che ci permette di individuare subito i rapporti

Preterintenzione, cit., 357; Nella manualistica, per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 364.

59 In questi termini, S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 35 ss.

60 Cfr. E. MASSARI, *Le dottrine generali del reato*, Napoli, 1930, 116 ss.

61 F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, IV, Lucca, 1872, 94.

62 M. SPASARI, *Osservazioni sulla natura giuridica del cosiddetto delitto preterintenzionale*, in *Arch. pen.*, 1957, I, 256; G. ZUCALÀ, *Il delitto preterintenzionale*, Palermo, 1952, 94.

63 Anche le prospettive dualistiche sono nate sul solco dell'omicidio preterintenzionale, il quale sarebbe composto da un fatto doloso base, qualificato dall'*animus laedendi*, e da un momento psicologico ulteriore, caratterizzato in negativo dall'assenza dell'*animus necandi*. L'evento ulteriore sarebbe quindi riconducibile, a seconda delle tesi, alla responsabilità oggettiva o alla colpa, quest'ultima intesa nelle diverse accezioni che vedremo. Sul tema omicidio preterintenzionale: M. D'ANDRIA, *Art. 584*, in G. Lattanzi – E. Lupo (a cura di) *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IV, Milano, 2010, 265 ss.; L.D. CERQUA, *Il criterio di imputazione dell'evento non voluto nell'omicidio preterintenzionale. Brevi osservazioni*, in *Giur. merito*, 2009, 1058 ss.; V. MAGNINI, *Sulla struttura soggettiva del delitto preterintenzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1396 ss.; F. BELLINI, *Brevi osservazioni sulla collocazione tassonomica della preterintenzione e sulla sua essenza psicologica*, in *Riv. pen.*, 10, 2009, 1089 ss.; G. INSOLERA, *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Ind. pen.*, 1981, 754 ss.; C. CORI, *Alcune considerazioni sull'elemento psicologico nell'omicidio preterintenzionale*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2006, 2436 ss.; C. PONGILUPPI, *Dolo generale e preterintenzione*, in *Cass. Pen.*, 2004, 36 ss.; M. PICCARDI, *Riflessioni sul criterio d'imputazione soggettiva nell'omicidio preterintenzionale*, in *Cass. pen.*, 2004, 876 ss.

64 G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, Bologna, 1934, 782.

65 V. PATALANO, (voce) *Preterintenzione*, cit., 353 ss.; Id, (voce) *Omicidio (dir. pen.)*, in particolare sez. IV – *omicidio preterintenzionale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIX, Milano, 973.

66 R. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, 403 ss.

con la responsabilità colposa, possiamo notare come, anche in seno all'illecito preterintenzionale, “il realizzato” debba essere costituito da un evento dannoso o pericoloso, sì più grave, ma comunque “diverso” da quello voluto, non potendo sussistere ormai alcun dubbio in ordine alla necessaria assenza di dolo, anche sotto il profilo eventuale, rispetto all'accadimento ulteriore⁶⁷. Con riferimento al “voluto”, esso viene tipizzato alla stregua di condotta sorretta da volontà di un evento dannoso o pericoloso meno grave di quello cagionato, ma anch'esso indubbiamente penalmente rilevante.

Anche nell'ambito dell'illecito preterintenzionale si è posto il problema della necessità o meno che gli atti voluti raggiungano al soglia del tentativo; tematica trattata in merito alla fattispecie omicidio preterintenzionale⁶⁸, che tipizza l'azione voluta nel senso di “*atti diretti a*” ledere o percuotere, ove secondo una prima opinione, nel silenzio della norma, sarebbe sufficiente lo scopo perseguito dall'agente di aggredire la sfera fisica altrui ed il nesso eziologico con la morte, mentre secondo altra opinione l'idoneità degli atti assurgerebbe ad elemento necessario⁶⁹.

Ampio dibattito ha suscitato l'interpretazione della relazione di maggior gravità che deve sussistere tra l'evento voluto e quello cagionato. Secondo taluno la norma si riferirebbe esclusivamente alla lesione di beni di natura omogenea, secondo altri verrebbero in rilievo anche offese a beni giuridici diversi. Aderire alla prima opzione implica identificare nel codice penale, quale unica ipotesi di illecito preterintenzionale, quella di cui all'art. 584; ritenere rilevanti anche le offese eterogenee rispetto a quelle oggetto di volizione, consente invece di estendere la figura preterintenzionale a tutta una serie di delitti aggravati dall'evento⁷⁰.

67 L'affermazione è ormai pacifica e non abbisogna di particolare giustificazione argomentativa. Cfr. in ogni caso M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 343 ss. Non più sostenute sono quelle tesi che, nell'ambito di una descrizione unitaria della preterintenzione, vi ravvisavano un reato a tutti gli effetti doloso qualificato da un evento eccessivo ulteriore; per queste tesi: G.B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900, 100; E. FLORIAN, *Diritto penale, parte generale*, Milano, 1930, 421.

68 Approfondita trattazione in C.F. GROSSO, *Rapporti tra condotta ed evento nell'art. 584 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 822 ss

69 Per la tesi negativa sul tentativo: V. PATALANO, (voce) *Omicidio*, cit., 977; per quella positiva M. SPASARI, *Osservazioni*, cit., 255; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 364 ss.

70 Per i termini della questione e nel senso del rigetto della tesi dell'omogeneità vedi M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 327 ss., il quale, peraltro correttamente, sottolinea come già all'interno dell'omicidio preterintenzionale l'offesa all'integrità fisica di cui alle percosse e lesioni non possa considerarsi, a ben vedere, omogenea rispetto al bene vita. Sempre in senso contrario all'omogeneità dell'offesa quale caratteristica generale dell'illecito preterintenzionale cfr.: CANESTRARI, (voce) *Preterintenzione*, cit.,

Veniamo adesso a considerare proprio i delitti aggravati dall'evento.

Quella dei delitti aggravati dall'evento⁷¹ rappresenta una famiglia di ampio respiro e di creazione dottrinale, non essendovi alcuna previsione normativa appositamente dedicata.

Nell'ottica della colpa *in re illicita* assumono rilievo soltanto quei reati qualificati da un evento necessariamente non voluto (in quanto la sua volizione richiamerebbe altra fattispecie dolosa) e quelli ove l'evento ulteriore può indifferentemente essere voluto o non voluto⁷².

697, oltre ovviamente a ID., *L'illecito*, cit., *passim*.

71 Sul tema: A. LORETO, *Reati aggravati*, cit., 419 ss.; S. RICCIO, *I delitti aggravati dall'evento*, Napoli, 1936; F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, Padova, 1979; A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999; ID., *L' "esclusività" di Rengier (contributo alla critica dei reati aggravati dall'evento)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 1994, 1460 ss.; C.F. GROSSO, *Struttura e sistematica dei c.d. "delitti aggravati dall'evento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 563 ss.; E. GALLO, *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, in *Giur. it.*, 1990, 11, 409 ss.; S. PREZIOSI, *Maltrattamenti seguiti da suicidio: oggettivo e soggettivo nell'imputazione dell'evento ulteriore, sullo sfondo della colpevolezza d'autore*, in *Cass. Pen.*, 1991, 12, 1986 ss.; M. GIUFFRIDA, *Rischio e responsabilità penale – sez. III-* in *Giur. merito*, 2001, 1, 299; I.P. FERRARA *Natura obiettiva e funzione selettiva dell'elemento differenziale*, in *Ind. pen.*, 2002, 3, 955 ss.; S. CANESTRARI, *I delitti aggravati dall'evento: prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 1993, 3, 569 ss.; ID., *La responsabilità colpevole*, cit., 884 ss.; S. PROSDOCIMI, *Delitti aggravati dall'evento e reato complesso*, in *Ind. pen.*, 1985, 2, 281 ss.; A. CASTALDO, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3, 1018 ss.; G. DE FRANCESCO, *Opus illicitum*, cit., 994 ss.; G. VASSALLI, *Nuove e vecchie incertezze sul reato complesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 1, 407 ss.; ID., *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1, 3 ss.; E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 3, 756 ss.

72 F. BASILE, *La colpa*, cit. 41-42 vi riconduce soltanto i delitti aggravati da un evento necessariamente non voluto, argomentando che essi soltanto pongono il fondamentale problema del criterio di imputazione nell'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa. Vengono altresì mantenuti all'interno della colpa *in re illicita* anche i reati colposi qualificati da evento non voluto, sottolineando tuttavia come in essi si apprezzano i medesimi problemi dei delitti base dolosi (in particolare p. 1 nota 1). Entrambe le affermazioni ci paiono necessitare di specificazioni se adottiamo come criterio per identificare l'area problematica della colpa *in re illicita* non quello dell'alternativa tra responsabilità oggettiva e responsabilità soggettiva, troppo ampio e disomogeneo, ma quello dell'alternativa rilevanza colposa dell'evento ulteriore ai sensi dell'art. 43 c.p. Rimangono certamente fuori dal nostro tema i reati qualificati da un evento necessariamente voluto, in quanto manifestazione del fine già assunto come dolo specifico nella struttura del fatto base doloso (es. artt. 243/2; 286/2; 635 *ter*/2); nonché i delitti qualificati da un evento che integra la realizzazione del risultato di un fattispecie a consumazione anticipata, che come tale punisce già il tentativo alla stregua di reato perfetto. Peraltro, è assai dubbio che i reati a consumazione anticipata siano inquadrabili utilmente nella categoria dei reati qualificati dall'evento: in senso affermativo L. CONTI, *I reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, 731; C.F. GROSSO, *Struttura e sistematica*, cit., 465 ss. Esclude, correttamente, i delitti di attentato (o a consumazione anticipata) dal fenomeno dei delitti aggravati, in quanto a fronte di un medesimo schema strutturale formale non presentano i problemi tipici sull'imputazione dell'evento ulteriore E. GALLO, *I delitti aggravati*, cit., 410 e 416 – 417. Per una rassegna sulla classificazione dei reati aggravati dall'evento vedi comunque: A. LORETO, *Reati aggravati*, cit., 419 ss.; F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 13 ss.

Oltre a quello classico, inerente il criterio ascrittivo dell'evento non voluto, due sono i problemi essenziali posti dai reati qualificati dall'evento: la loro natura giuridica e l'atteggiarsi del nesso oggettivo tra delitto base ed ulteriore evento⁷³.

Il problema della natura giuridica dei delitti aggravati ha ricadute immediate in ordine alla stessa ammissibilità di una responsabilità per colpa per l'evento non voluto⁷⁴ e si pone ogni qual volta, la singola fattispecie, tace sulla natura dell'elemento aggravante e sui relativi requisiti di imputazione. In questi casi spetta all'interprete individuare la norma "operativa", differente dalla fattispecie base, su cui fondare l'ascrizione dell'evento⁷⁵.

Domandarsi preliminarmente se i delitti aggravati dall'evento rappresentano una categoria unitaria, e quindi si impone una soluzione unica, o se invece occorre un approccio autonomo alle singole disposizioni incriminatrici, rischia di innescare un circolo vizioso. Invero, in assenza di una previsione normativa *ad hoc* della categoria "reati qualificati dall'evento" che ne determini caratteristiche strutturali ed effetti giuridici, va da sé che ogni fattispecie incriminatrice dovrà necessariamente essere autonomamente interpretata. L'unità della categoria potrà quindi rivelarsi, o come risultato ermeneutico, se effettivamente unica sarà l'interpretazione di tutte le fattispecie aggravate dall'evento, o come impostazione preliminare, se si predeterminano a tavolino le caratteristiche proprie della categoria allo scopo di escludere da essa quei reati che, singolarmente interpretati, non ne rispecchiano la struttura prescelta.

In breve, la natura dei reati qualificati dipende dal ruolo assegnato all'evento ulteriore, nell'alternativa tra elemento costitutivo e circostanza. Degna di alcun pregio, ed ormai comunemente rigettata, è invece la tesi che vede nell'evento

73 Identifica quali due grandi problemi dei delitti aggravati dall'evento quello della qualificazione giuridica e quello dell'imputazione dell'evento ulteriore F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 126.

74 Il nesso oggettivo tra delitto base ed evento ulteriore attiene invece ad altro livello di indagine. V. *infra* cap. IV part. 3.2

75 Astrattamente, nel silenzio del legislatore, l'imputazione dell'evento non voluto potrebbe avvenire per il tramite della colpa (art. 43 comma 1, terzo alinea), della fattispecie aberrante (art. 83), dell'illecito preterintenzionale (art. 43 comma 1, secondo alinea), della condizione di punibilità (art. 44), quale circostanza aggravante (art. 59 comma 2) o infine in via generica quale ipotesi in cui l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione (art. 42 comma 3).

ulteriore una condizione obiettiva di punibilità o di maggiore punibilità⁷⁶.

L'inquadramento dell'evento ulteriore alla stregua di circostanza aggravante comporta il richiamo della relativa disciplina quanto a criterio soggettivo di ascrizione e possibilità di bilanciamento con elementi circostanziali di segno opposto⁷⁷.

Riconoscere invece nell'evento non voluto un elemento costitutivo di fattispecie conduce verso un modello autonomo di responsabilità, identificato nell'illecito preterintenzionale in senso lato⁷⁸ o in un concorso di reati tra quello base doloso e quello aberrante; concorso di reati talvolta identificato come “anomalo”⁷⁹, in quanto

76 Si nota, invero, quanto alla condizione di punibilità, che essa è tale soltanto se non riassume in sé un momento offensivo del reato e che comunque il fatto base resta punibile anche senza la verifica dell'evento ulteriore; quanto alla categoria della c.d. condizione obiettiva di “maggiore punibilità”, a cui sarebbe riferibile una condizione attinente non alla punibilità del fatto ma all'applicabilità di un particolare trattamento sanzionatorio, si rileva che trattasi di categoria non prevista dal nostro ordinamento, il cui ruolo viene svolto, anzi, dall'istituto delle circostanze aggravanti. Per queste argomentazioni vedi A. BONDI, *I reati aggravati*, cit., 70 ss.; sempre in ordine al rigetto della qualifica dell'evento aggravante come condizione di punibilità F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 149. In realtà, di per sé, la presenza nel sistema delle circostanze non è argomento sufficiente ad escludere in astratto la legittimazione teorica delle condizioni di maggiore punibilità, una volta che si voglia intendere queste come elementi che aggravano la pena, ma sottratti al regime circostanziale, comunque di dubbia legittimità costituzionale. E' invece direttamente l'art. 44 ad escludere l'ammissibilità di condizioni di maggior punibilità, in quanto limita il raggio operativo della condizione intorno alla “punibilità di un reato”, presupponendo così l'adesione ad un reato - già perfetto ma - “non punibile”. Tuttavia il principio di gerarchia non può escludere che siffatte condizioni siano autonomamente previste da norme di pari grado all'art. 44.

77 M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, I, art. 1-84*, Milano, 2004, 599; G. DE FRANCESCO, *Opus illicitum*, cit., 994 ss. Nondimeno, preme notare, le opinioni favorevoli alla tesi circostanziale espresse anteriormente alla novella del 1990 implicavano, ancora, una ascrizione dell'evento ulteriore a titolo di responsabilità oggettiva. Quelle espresse prima del 1974 implicavano, altresì, l'impossibilità di procedere ad un bilanciamento con attenuanti concorrenti. Alla qualifica nel senso della circostanza si apprezzano conseguenze, inoltre, sulla possibilità di ricondurre il fenomeno nell'alveo della unicità o pluralità di reati, nel senso che ove l'evento ulteriore integri una circostanza, sarebbe in radice esclusa la possibilità di ravvisare una pluralità di reati.

78 Vedi: C.F. GROSSO, *Struttura e sistematica*, cit., 443 ss.; In particolare F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 209, dopo aver escluso la riconducibilità dei delitti aggravati alle categorie del reato complesso o del reato con condizione obiettiva di punibilità, riduce l'alternativa tra illecito preterintenzionale e circostanza aggravante, rinviando all'interpretazione della specifica norma incriminatrice. L'Autore ravvisa invece un reato complesso soltanto con riferimento ai delitti colposi aggravati dall'evento.

79 Cfr. M. SPASARI, *Osservazioni*, cit., 229 ss. L'Autore, in particolare, distingue tra fattispecie aggravate in senso proprio, alle quali riconduce tutti i casi in cui l'evento, di danno, si pone in linea di continuità con un primo evento di pericolo per il medesimo bene integrato dal fatto base (es.: disastro ferroviario ex art. 431), e fattispecie aggravate in senso improprio, ove l'evento ulteriore non aggrava il reato base ma manifesta l'offesa ad un bene giuridico diverso (es.: art. 571). Sulla base di questa distinzione, riconduce le fattispecie aggravate in senso proprio al fenomeno circostanziale e le altre fattispecie (c.d. qualificate dall'esito) al delitto preterintenzionale. Secondo questa dottrina, poi, il delitto preterintenzionale (a cui viene ricondotto, oltre ovviamente all'omicidio preterintenzionale, anche l'art. 586 e l'*aberratio delicti* plurilesiva) costituirebbe un concorso anomalo di reati.

unificato dal legislatore in un'unica fattispecie, talvolta ricondotto, sempre per lo stesso motivo, al reato complesso⁸⁰.

In ordine al secondo problema posto dai delitti aggravati dall'evento, afferente all'esistenza di un eventuale nesso oggettivo qualificato tra delitto base ed evento ulteriore, se ne fa un veloce cenno. Siffatto nesso oggettivo, invero, non incide sull'*an* della colpa *in re illicita*, bensì sul *quomodo* essa si manifesti in particolari tipi delittuosi secondo possibili note di specialità. In questo senso, ci pare un problema riguardante la tipicità del *singolo* delitto aggravato.

La valorizzazione del momento oggettivo dei delitti aggravati⁸¹ avviene attraverso il richiamo a requisiti di pericolosità, di adeguatezza, di nesso di rischio tra condotta base ed evento, di realizzazione nel fatto storico dello specifico pericolo che caratterizzerebbe finanche la condotta base dolosa⁸².

Ora, l'accertamento della possibilità di ricondurre i delitti aggravati dall'evento ad una posizione di interferenza con un generale reato colposo d'evento, in linea con la delimitazione della colpa in attività illecita da noi proposta, necessita di qualche considerazione più articolata.

Nelle ipotesi di *culpa in re illicita* sinora trattate il “realizzato” consiste necessariamente in un “reato” colposo espressamente previsto da altra disposizione di legge. Così nell'art. 83, ove vi è esplicito riferimento alla punibilità dell'evento non voluto solo in quanto previsto come delitto colposo da altra disposizione incriminatrice; nell'art. 586, ove la morte e le lesioni sono eventi punibili a titolo di colpa; nell'illecito preterintenzionale, ove il richiamo ad un evento dannoso o pericoloso “più grave” presuppone l'esistenza di altra norma incriminatrice che assegni rilievo autonomo alla produzione non voluta di quell'evento ulteriore.

Un discorso altrettanto generale non può essere svolto con riferimento alla categoria

L'opinione dello Spasari viene così intesa anche da F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit. 27.

80 L. CONCAS, *I delitti qualificati*, cit., 385 ss., il quale identifica nella fattispecie aberrante *ex art. 83* un'autonoma fattispecie, nell'*aberratio delicti* plurilesiva un concorso ideale tra il fatto doloso e la fattispecie aberrante e nell'illecito preterintenzionale un reato complesso, ove fatto doloso e fattispecie aberrante vengono unificati dal legislatore.

81 Si tratta, peraltro, di percorsi avviati in seno alla dottrina tedesca, in un ordinamento, quello d'Oltralpe, che espressamente prevede la responsabilità per colpa dell'evento ulteriore a livello di diritto positivo (vedi §18 StGB). Queste tesi sono trattate in modo approfondito in S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 52 ss.

82 Per questa tesi in particolare ID, *L'illecito*, cit., 142 ss.

dei delitti qualificati dall'evento, ove ogni singola fattispecie tipizza, direttamente ed autonomamente, l'evento aggravatore⁸³. Occorre, dunque, vagliare caso per caso se la causazione non voluta dell'evento ulteriore riceva o meno già autonoma tutela penalistica in forma colposa (come indubbiamente avviene a proposito della morte o delle lesioni).

In caso di risposta negativa, come ad esempio con riferimento alla “condanna” quale evento aggravante del reato di calunnia, l'alternativa che si pone all'interprete non è tra riaffermazione o deroga dell'ordinario modello colposo di responsabilità, ma tra modulo ascrittivo *sui generis* o previsione *ex novo* di uno specifico illecito colposo qualificato dal reato base doloso (sempre nell'esempio della calunnia, o l'evento viene addossato secondo un modello ascrittivo autonomo, o in essa va intravista l'incriminazione della causazione colposa, tramite condotta vincolata calunniosa, della condanna di un innocente). Sennonché, la possibilità di intravedere una speciale incriminazione a titolo di colpa nell'alveo del delitto aggravato, sembra da escludersi proprio con riguardo ai delitti aggravati da un evento *indifferentemente voluto o non voluto*. Atteso che l'indifferenza in ordine alla volizione dell'evento qualificante dipende dall'assenza di altra fattispecie incriminatrice che ne tipizzi la causazione dolosa, non pare per coerenza sistematica potersi ammettere una sua incriminazione colposa, seppur costruita secondo le cadenze di una condotta vincolata⁸⁴.

Ne consegue come, in ordine ai delitti aggravati da evento soggettivamente neutro, il problema dell'elemento ascrittivo non possa richiamare direttamente un reato

83 Il che avviene anche a proposito dell'art. 586.

84 Questa conclusione è il riflesso del carattere sussidiario della responsabilità colposa rispetto a quella dolosa. Trattasi di affermazione costante, per la quale si rimanda a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 333 e bibliografia ivi citata. D'impatto, a tal proposito, l'espressione “*non c'è colpa senza dolo*” (che parafrasa il “*non c'è dolo senza colpa*” coniata da Giorgio Marinucci) utilizzata da D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 183 ss. Unica alternativa sarebbe quella di ritenere che taluni delitti tipicizzino l'aggressione all'evento ulteriore in forma *indifferentemente dolosa o colposa*; tuttavia, ci pare questo uno schema non accoglibile con riguardo ai delitti, dato che vi sarebbero profili di illegittimità costituzionale *ex art. 3*. Per inciso, potrebbe avere un senso, invece, la mancata criminalizzazione di forme di aggressione dolose al di fuori del reato qualificato, ove si ritenga che la norma selezioni e circoscriva, attraverso la fattispecie base, il rischio illecito per il bene ulteriore secondo cadenze tipiche delle condotte a forma vincolata.

colposo⁸⁵ e si svolge tra responsabilità oggettiva ed elemento soggettivo *sui generis*⁸⁶. Tirando le fila, appartengono a pieno titolo all'area problematica della colpa *in re illicita* soltanto i delitti aggravati da *evento necessariamente non voluto*, quando l'evento sia autonomamente punito a titolo di colpa da altra fattispecie o, in assenza di quest'ultima, previa la verifica appena prospettata sulla speciale incriminazione colposa. I delitti qualificati da un *evento indifferentemente voluto o non voluto*, seppur manifestino un problema di rispetto del principio di colpevolezza circa la costruzione del requisito minimo di imputazione, possono essere esclusi dal fenomeno della “colpa” in attività illecita come qui inteso.

3. RASSEGNA DELLE TESI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI IN ORDINE AL CRITERIO ASCRITTIVO DELL'EVENTO NON VOLUTO IN RE ILLICITA.

Veniamo adesso ad illustrare, più in particolare, le varie tesi formulate in dottrina ed in giurisprudenza a proposito del criterio di imputazione dell'evento non voluto nell'ambito delle fattispecie di divergenza ricondotte alla c.d. colpa *in re illicita*.

In dottrina, alla trattazione sistematica si è sempre preferito un approccio per singola categoria di fattispecie. Si trovano quindi opinioni sul criterio ascrittivo dell'evento non voluto con riguardo all'*aberratio delicti*, all'art. 586, all'illecito preterintenzionale ed ai delitti aggravati dall'evento⁸⁷.

Riteniamo tuttavia di poter sperimentare una costruzione unitaria della “colpa” *in re illicita* considerato che, come vedremo, le obiezioni fraposte all'adozione di un modello pienamente colposo di responsabilità trascendono la conformazione dei singoli istituti ed attengono a generali profili dogmatici e sistematici. Si selezioneranno, quindi, problemi e soluzioni in ottica comune a tutte le fattispecie qui ricondotte alla *culpa in re illicita*.

85 Soltanto con riferimento a delitti aggravati da evento *necessariamente non voluto*, ma sprovvisto di autonoma tutela in forma colposa, rimarrebbe aperta la possibilità di intravedere, nella singola fattispecie aggravata, l'incriminazione di una offesa autenticamente colposa qualificata dalla particolare condotta del delitto base.

86 Diversa la questione se questo particolare elemento soggettivo possa avere, dal punto di vista contenutistico, ma per vie differenti dal richiamo all'art. 43 comma 1, alinea terzo, gli stessi contenuti della colpa in senso stretto. Devono peraltro essere mantenuti, esposti alla medesima alternativa, i reati colposi aggravati da un evento necessariamente non voluto.

87 L'autore dell'unica monografia dedicata interamente alla colpa in attività illecita si concentra, ad esempio, sull'*aberratio delicti* ed in particolare sull'art. 586, v. F. BASILE, *La colpa*, cit., 4 ss.

D'altronde, le stesse tesi sulla responsabilità per l'evento non voluto offerte nell'ambito delle varie fattispecie si presentano complessivamente uniformi, cosicché la loro stessa rassegna potrà avvenire in via unitaria⁸⁸.

Le opinioni che andiamo ad esaminare si caratterizzano, sovente, per una non perfetta corrispondenza tra *nomen* e contenuto effettivo della *regola juris* prospettata, aprendo così a dibattiti che, in parte, si risolvono in mere questioni tassonomiche. Si prediligerà, quindi, un più funzionale raggruppamento per classi, in ragione del contenuto effettivo della tesi, oggettiva o soggettiva. Va peraltro subito precisato come, tra le tesi riconducibili ad una forma soggettiva di responsabilità, ve ne siano alcune che richiamano espressamente la colpa in concreto ed altre che rinviano ad un diverso parametro soggettivo, pur non mancando profili contenutistici comuni. Preferiamo allora distinguere le tesi soggettive in ragione del criterio formale del *nomen* e non di quello contenutistico. Soltanto una volta chiarito se e come l'autentica colpa possa operare anche *in re illicita* si potrà, invero, valutare la corrispondenza tra contenuto e titolo formale.

3.1. La tesi della responsabilità oggettiva.

L'impostazione tradizionale della responsabilità *in re illicita* ruota attorno al criterio ascrittivo del nesso di causalità tra condotta base, riprovata di per sé dall'ordinamento, ed evento ulteriore non voluto. Avendo il soggetto deciso di realizzare un fatto base doloso, l'ordinamento gli addosserebbe tutte le conseguenze derivanti dalla sua condotta illecita; d'altronde, se egli se si fosse astenuto dal concedersi al delitto, l'evento ulteriore sarebbe mancato.

Si tratta, quindi, di responsabilità oggettiva per l'evento⁸⁹, secondo uno schema che

⁸⁸ Il prospettato approccio unitario, peraltro, non implica destituire di fondamento quelle tesi che, con riferimento agli illeciti preterintenzionali in senso lato, propugnano una particolare ricostruzione del nesso di rischio tra attività base ed evento. Invero, come in parte già anticipato, il nesso di rischio appare un profilo che attiene ad elementi di specialità della singola figura criminosa rispetto all'ordinaria colpa. Vale a dire, l'eventualità di differenze contenutistiche tra colpa *in re illicita* riferita agli artt. 83 e 586 e colpa *in re illicita* afferente agli illeciti preterintenzionali in senso lato, dipende soltanto da particolari momenti di tipicità delle singole figure di parte speciale.

⁸⁹ In generale sulla responsabilità oggettiva vedi l'opera collettanea A.M. STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989; per la distinzione tra forme di responsabilità oggettiva, in base all'elemento del reato non coperto da colpevolezza, vedi in questa opera in particolare S. ARDIZZONE, *Le ipotesi di responsabilità oggettiva: tra dogmatica e politica criminale*, in A.M. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989,

non lascia ingresso alle note soggettive dell'agente concreto. D'altronde, si configura in questo modo una evidente tensione con il principio della responsabilità penale personale.

Gli argomenti spesi a favore della tesi della responsabilità oggettiva possono distinguersi in generali o specifici, a seconda che essi siano validi per tutte le ipotesi di attività *in re illicita* o riferibili soltanto a singoli istituti.

Un primo argomento, generale, richiama l'intenzione del legislatore storico, il quale avrebbe aderito al canone del *qui versari in re illicita respondit etiam pro casu*, configurando la responsabilità oggettiva come modello generale di responsabilità destinata a disciplinare l'ambiente illecito⁹⁰.

Un secondo argomento, sempre generale, attiene al rapporto tra responsabilità oggettiva e funzione repressiva della pena. L'adesione al *versari in re illicita* manifesterebbe una precisa scelta politico-criminale intesa ad offrire avanzata tutela ai beni giuridici ultimamente protetti, in particolare alla vita ed alla integrità fisica. Precisa scelta politico-criminale che si regge sul presupposto, peraltro tutto da verificare, di una maggior efficacia preventivo-repressiva della responsabilità oggettiva⁹¹.

Ancora, si richiama l'art. 42 comma 3 ove, con l'espressione “*la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione*”, il legislatore si sarebbe apertamente riferito alla responsabilità oggettiva come modello di responsabilità penale⁹².

Un quarto argomento attiene al fatto che mancherebbe, nelle norme *de quibus*, un riferimento espresso alla colpa. Con riguardo alle ipotesi di cui all'art. 83, e per riflesso all'art. 586 che al primo rimanda, ove effettivamente compare l'inciso “*a titolo di colpa*”, la dottrina che propende per la responsabilità oggettiva sottolinea

286.

90 Tuttavia vedi l'ampia ricostruzione offerta da F. BASILE, *La colpa*, cit., 98 ss. in ordine alla reale intenzione del legislatore storico, come emergerebbe dai lavori preparatori al codice. Quanto meno con riguardo agli artt. 83 e 586 non emergerebbe, infatti, la pretesa adesione, da parte dei codificatori, ad un canone di responsabilità oggettiva.

91 Efficacia preventiva della responsabilità oggettiva che si espone, tuttavia a più di un dubbio: Cfr. D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 102 ss.; R. BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2003, 28 ss.

92 Proprio la necessità di preservare spazio applicativo all'art. 42 comma 3, inoltre, impedirebbe di risolvere tutte le fattispecie *in re illicita* nell'alternativa tra colpa e preterintenzione.

come, se l'art. 83 venisse interpretato nel senso della necessità di una colpa effettiva, si rileverebbe norma inutile derivando la possibilità di un concorso tra reato doloso e reato colposo già dalle regole generali⁹³; il sintagma "*a titolo di colpa*", dovrebbe quindi intendersi come richiamo soltanto alla disciplina della colpa e non anche al suo contenuto (avendo altrimenti il legislatore detto "per colpa")⁹⁴.

La tesi della responsabilità oggettiva, per il mero nesso causale, è ormai ampiamente criticata in dottrina e almeno formalmente rinnegata in giurisprudenza, atteso il palese contrasto con il principio di colpevolezza. Permane, invece, sotto il profilo sostanziale, ben camuffata in "etichette truffaldine", utilizzate soprattutto dalla giurisprudenza⁹⁵.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla tesi della colpa per inosservanza di legge penale, a mente della quale l'evento verrebbe imputato sì sulla base del mero nesso causale, nondimeno l'imputazione sarebbe sostenuta da una forma di colpa *in re ipsa* nella violazione della legge penale⁹⁶. Nonostante il richiamo formale alla colpa, il criterio proposto resta di natura oggettiva, se non altro perché al giudice si chiede concretamente di accertare soltanto il nesso di causalità. D'altronde, questa tesi, non critica il fondamento della responsabilità sul nesso causale, limitandosi ad arricchirlo solo formalmente ravvisando una colpa specifica proprio nella violazione della

93 L. CORNACCHIA, (voce) *Reato aberrante*, cit. 181, ove l'Autore si riferisce proprio ad un limite logico alla rilevanza della colpa; sempre per la responsabilità oggettiva: M. GALLO, (voce) *Aberratio*, cit., 62; C.F. GROSSO, *Struttura e sistematica*, cit. 447; F. PALAZZO, "*voluto*" e "*realizzato*", cit., 56 ss.; M. DONINI, *Il reato aberrante*, in Bricola-Zagrebelsky, *Giurisprudenza sistematica del diritto penale*, Vol. II, Torino, 1984, 806 ss.; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, II ed., Padova, 2005, 544; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 633 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 218 ss.; L. CONCAS, *I delitti qualificati*, cit., 392.

94 Argomento per la verità ozioso dato che, se è pur vero che uno dei canoni del procedimento ermeneutico è sicuramente quello "conservativo" del valore normativo, è ancor più vero che deve certamente prevalere, in caso di conflitto, l'interpretazione costituzionalmente orientata; così se si arriva a sancire una incompatibilità tra responsabilità oggettiva per l'evento e principio costituzionale di colpevolezza ad una interpretazione della normativa esistente in senso conforme al dettato costituzionale non potrà certamente ostare l'argomento interpretativo da ultimo considerato. Per una critica dettagliata all'argomento fondato sulla inutilità altrimenti dell'art. 83 vedi comunque F. BASILE., *La colpa*, cit. 78 ss.

95 In particolare, in giurisprudenza, è assolutamente maggioritaria la tesi che ravvisa nell'omicidio preterintenzionale una responsabilità che non necessita di un accertamento in concreto della colpa, evitando, con formule ellittiche, di richiamare la responsabilità oggettiva. Tra le recenti: Cass. Pen., Sez. V, Sent. n. 38946 del 13 aprile 2015; Cass. Pen., Sez. I, Sent. n. 27161 del 08 maggio 2013; Cass. Pen., Sez. V, Sent. n. 791 del 18 ottobre 2012.

96 M. FINZI, *Il delitto preterintenzionale*, Torino, 1925, 156 ss.; G. LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 167 ss.

fattispecie penale che vieta il comportamento base.

Essendo tuttavia noto che per la colpa specifica, come in quella generica, assumono rilievo soltanto le violazioni di regole di natura cautelare, questa tesi deve ammettere che la norma penale, e per la precisione qualsiasi norma penale dolosa, attesa l'estensione della base di rilevanza nell'ambito degli artt. 83 e 586, contenga sempre, oltre alla tipica finalità repressiva, anche uno scopo preventivo rispetto all'evento non voluto⁹⁷.

Altra dottrina limita la colpa per inosservanza di leggi soltanto ai delitti aggravati dall'evento e all'illecito preterintenzionale, ipotesi ove lo stesso legislatore, nel descrivere compiutamente sia il fatto base che l'evento ulteriore, instaurerebbe *a priori* una relazione di rischio tra i due termini, tale da poter affermare che il delitto base svolge anche una efficacia preventiva rispetto all'evento ulteriore⁹⁸.

Le critiche mosse alla tesi della colpa per inosservanza riguardano il fatto che la legge penale non avrebbe di per sé natura cautelare. Individuare a priori la colpa nella violazione del precetto penale, ritenendo superfluo approfondire in concreto lo svolgersi dei fatti, la si voglia identificare come “colpa presunta” o come “colpa specifica per violazione di legge penale”, nulla ha a che vedere con la colpa ordinariamente intesa se non il *nomen*⁹⁹.

Tali tesi, dunque, propongono nella sostanza criteri di responsabilità oggettiva, attesa l'irrilevanza dell'accertamento dei requisiti tipici della colpa in senso stretto.

Secondo alcune opinioni, frequenti soprattutto sul versante giurisprudenziale, la punibilità per la causazione dell'evento non voluto andrebbe spiegata attraverso il criterio della prevedibilità in astratto, insita nel particolare rapporto tra fattispecie base ed evento¹⁰⁰. L'arricchimento contenutistico proposto, rispetto al piano meramente causale, si incentra sulla pericolosità astratta dell'attività base, quale

97 In particolare per questa specificazione vedi G. LEONE, *Il reato aberrante*, cit., 167.

98 S. PROSDOCIMI, *Delitti aggravati*, cit., 288 ss. L'autore sembra comunque aderire ad una colpa specifica e non ad una colpa presunta, in quanto ammette l'esclusione della responsabilità in caso di esiti anomali, non rientranti nella *ratio* di tutela (in particolare p. 302). Sennonché, ove la regola scritta non abbia davvero funzione cautelare, il contenuto colposo ci pare comunque svuotato.

99 Concorda tutta la dottrina recente, a titolo esemplificativo F. BASILE, *L'alternativa*, cit. 928; F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva*, cit., 472.

100 Per l'affermazione di responsabilità, nel solito caso dello spacciatore per morte dell'assuntore della sostanza, sul criterio di prevedibilità astratta vedi, tra le tante, Cass. Pen., Sez. V, Sent. n. 2367 del 9 novembre 1988, in CED Cass. n. 183396.

potenziale antecedente causale dell'evento, risolvendosi in sostanza in una presunzione di pericolosità del comportamento concreto. Neanche questa tesi può pertanto iscriversi tra quelle autenticamente colpose, *rectius* rispettose del principio di colpevolezza¹⁰¹.

Si consideri, d'altro canto, come una prevedibilità in astratto sia implicita nell'illecito preterintenzionale ed in tutti i delitti aggravati dall'evento, ove il legislatore, valorizzando espressamente la relazione tra reato base ed evento ulteriore, mostra di ritenere l'evento ben "accadibile"¹⁰². In questo senso non sono mancate, anche sul versante dottrinale, ricostruzioni della responsabilità *in re illicita* improntate alla c.d. prevedibilità in astratto, ritenendo appunto sempre prevedibile quel risultato che la stessa legge assume come evento aggravatore di una azione-base¹⁰³.

Tra la tesi della prevedibilità in astratto e quella della colpa specifica per inosservanza di leggi, entrambe riconducibili alla responsabilità oggettiva, sussistono notevoli affinità, sol che si consideri che quest'ultima, assegnando alla norma penale una funzione cautelare, vi presuppone contenuto un giudizio di prevedibilità rispetto all'evento.

101 F. BASILE, *La colpa*, cit., 122 e giurisprudenza ivi citata.

102 La tesi in parola potrebbe avere un effetto limitativo della responsabilità nei casi in cui la condotta base non sia tipizzata dal legislatore (es.: art. 586), tuttavia la sua implementazione non muterebbe la caratteristica oggettiva della responsabilità. Nella prassi se ne è fatto uso per dare una apparente veste di legittimità costituzionale a motivazioni di decisioni giurisprudenziali su base oggettiva; cfr.: Sez. VI, Sent. n. 1870 del 27 ottobre 1992, in CED Cass. n. 193329; Cass. Pen., Sez. IV, Sent. n. 3689 del 24 gennaio 1989.

103 Propone questa ricostruzione S. RICCIO, *I delitti aggravati*, cit., 188 ss., il quale ravvisa una prevedibilità astratta in ogni reato base (anche nel furto rispetto alla morte) e non limitata alle relazioni legislativamente segnalate (delitti aggravati e illecito preterintenzionale). Sembra tuttavia ammettere che trattasi di presunzione fino a prova contraria, dovendosi escludere la responsabilità quando in concreto l'evento si manifesta imprevedibile per ogni uomo. A dire il vero, egli propone poi degli esempi che fanno intendere come per "ogni uomo" intenda "ogni uomo dal punto di vista dell'autore". Propone così, come esempio di esclusione della colpa, il seguente: un ladro vuole rubare una statua d'oro e nel farlo provoca la morte per infarto di quel figurante che, ad insaputa del ladro, si era sostituito alla statua. Segnaliamo come, adottando invece il parametro della miglior scienza ed esperienza ("ogni uomo") sarebbe stata almeno conosciuta la presenza del figurante al posto della statua. Tuttavia, l'esempio pare più riconducibile ad una esclusione della colpevolezza per caso fortuito, il che viene generalmente ammessa da tutti gli autori a proposito della responsabilità *in re illicita*.

3.2 Le tesi che affermano forme di responsabilità soggettiva, differenti dalla colpa, ma pur sempre compatibile con il principio di colpevolezza.

In ragione di una presunta incompatibilità tra colpa in senso proprio ed attività base illecita, parte della dottrina comunque sensibile al principio di colpevolezza abbraccia ricostruzioni che individuano nella *culpa in re illicita* una forma di responsabilità pur sempre soggettiva, benché diversa dalla colpa.

In particolare, un'autorevole voce inquadra tutte le ipotesi di responsabilità per evento non voluto cagionato in attività illecita all'interno di un'autonoma categoria generale denominata “responsabilità da rischio totalmente illecito”, sviluppata intorno ai concetti di prevedibilità ed evitabilità¹⁰⁴. Secondo questa tesi, sebbene in origine tutte le ipotesi di *versari in re illicita* fossero effettivamente regolate secondo un criterio di ascrizione per il mero nesso causale, in virtù della successiva positivizzazione del principio costituzionale di colpevolezza l'interprete dovrebbe inserire, nello schema ascrittivo, anche la concreta prevedibilità ed evitabilità dell'evento, quali momenti significativi in grado di denotare, in capo all'agente, un dominio finalistico sul fatto e quindi un coefficiente di colpevolezza.

La premessa sistematica dalla quale muove questa tesi attiene al rapporto tra rischio consentito e rischio vietato. La colpa sarebbe destinata a regolare esclusivamente le vicende sociali che si svolgono in un ambito di rischio consentito e non potrebbe estendersi a quelle attività che, per essere già vietate dall'ordinamento, non tollerano alcun rischio; invero, il momento centrale della struttura della colpa viene identificato nella violazione della regola cautelare, avente la funzione di attestare il passaggio dall'agire lecito a quello illecito, cosicché speculare requisito non avrebbe alcun senso in area in origine già vietata.

La qualità illecita del rischio-base costituirebbe anche il fondamento della maggior risposta sanzionatoria comminata, rispetto al reato colposo, per talune ipotesi di responsabilità da rischio totalmente illecito: nella responsabilità *in re illicita* il soggetto deve rispondere dell'intero rischio, mentre nella colpa ordinaria soltanto di quella quota che supera il rischio consentito.

104 A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 325 ss.; Cfr. anche V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 253; M. GIUFFRIDA, *Rischio*, cit., 299 ss.; A. CARMONA, *La “colpa in concreto”*, cit., 4596.

Questa impostazione troverebbe conferma, nella sistematica del codice penale, dal fatto che la stessa responsabilità oggettiva viene prevista esclusivamente con riferimento a fenomeni di *versari in re illicita*, luoghi che sarebbero appunto estranei alla colpa.

Sotto il profilo tecnico dogmatico, la responsabilità da rischio totalmente illecito troverebbe il proprio riconoscimento normativo *ex art. 42 comma 3*, rappresentando uno dei casi in cui l'evento è posto “*altrimenti*” a carico dell'agente. La norma in parola, non specificando che il criterio ascrittivo alternativo a dolo, colpa e preterintenzione debba necessariamente essere il nesso causale, potrebbe accogliere anche contenuti diversi. I requisiti di prevedibilità ed evitabilità vengono ricavati dall'art. 45, norma sul caso fortuito e forza maggiore ritenuta applicabile ad ogni forma di responsabilità penale ed interpretata, quanto al caso fortuito, come imprevedibilità dell'evento e, quanto a forza maggiore, come inevitabilità dell'evento. Alle prime critiche mosse alla responsabilità da rischio totalmente illecito, relative alla mancata precisazione del parametro per accertare la prevedibilità ed evitabilità dell'evento, si è specificato che l'accertamento deve intendersi in concreto e non in astratto e che il comportamento base deve raggiungere la soglia di rilevanza penale¹⁰⁵.

Dal combinato disposto degli artt. 45 e 42, interpretati nell'ottica dell'art. 27 Cost., si ricaverebbe, insomma, questa terza forma di responsabilità per l'evento non voluto, dedicata all'agire illecito, differente dal dolo e dalla colpa, ma comunque conforme a Costituzione¹⁰⁶.

Tante, e talvolta ridondanti, probabilmente fondate ma a tratti oscure, sono state le critiche mosse alla responsabilità da rischio totalmente illecito dalla dottrina maggioritaria, sia sotto il profilo della sua ammissibilità dogmatica, sia per quanto concerne la sua compatibilità con il principio di colpevolezza¹⁰⁷.

105 Per l'evoluzione nel senso della prevedibilità ed evitabilità in concreto cfr. V. MILITELLO, *Rischio*, cit., 55 ss. Per le critiche, originarie e successive, alla responsabilità da rischio totalmente illecito, vedi S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit. 262 ss., nonché, il penetrante vaglio critico di F. BASILE, *La colpa*, cit., 124 ss.

106 Ritiene che l'art. 45 permetta di costruire un criterio soggettivo di responsabilità compatibile con la Costituzione, pur partendo da premesse diverse da quelle della teoria da rischio totalmente illecito, anche M. TRAPANI, *La divergenza*, cit. 78 ss.

107 Per altre voci critiche su questa tesi, oltre a quelle già citate nelle note precedenti, vedi G. FIANDACA, *Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione*, in A. M. Stile (a cura di),

Quanto alla ammissibilità dogmatica, la dottrina che ha affrontato l'argomento a proposito dell'illecito preterintenzionale e dei delitti aggravati dall'evento, ha opposto l'incapacità della teoria di descrivere le differenze strutturali esistenti tra il reato aberrante e l'illecito preterintenzionale (inteso in senso lato come comprensivo di taluni delitti aggravati dall'evento), sfumando in questo modo, peraltro, la differenza tra il criterio ascrittivo preterintenzionale e quello di cui all'art. 42 comma 3. Sarebbe altresì infondata l'idea della irragionevolezza di regole cautelari in ambito illecito¹⁰⁸.

Sempre sotto il profilo dogmatico, si è contestato l'utilizzo del criterio del rischio consentito per discernere tra azioni lecite e azioni a base illecita, quando invece esso nasce per distinguere l'azione lecita da quella colposa (nel senso che la liceità del comportamento verrebbe determinata proprio dalla sua conformità a regole cautelari)¹⁰⁹.

In ordine alla compatibilità del modello in oggetto con il principio costituzionale di colpevolezza, si mette in luce come la prevedibilità ed evitabilità generica, sganciata da una regola cautelare, aumenti sensibilmente il ventaglio di eventi, collegabili sotto il profilo probabilistico alla condotta¹¹⁰. D'altro canto, si è affermato, modulare la prevedibilità ed evitabilità secondo i criteri operativi della colpa (accertamento in concreto, secondo il modello di agente speculare a quello valevole in ambito colposo) sfumerebbe le differenziazioni tra la responsabilità da rischio totalmente illecito e la colpa stessa, sacrificando in definitiva l'autonomia dogmatica della tesi qui criticata¹¹¹.

Non è ora il momento di affrontare compiutamente questi rilievi, vi si tornerà sopra nella parte dedicata ai rapporti tra colpa, attività illecita e rischio consentito.

Altre opinioni dottrinali, sempre partendo dal presupposto della incompatibilità tra colpa e territorio illecito e pur non aderendo formalmente alla responsabilità da rischio totalmente illecito, ravvisano nella colpa *in re illicita* una forma di

Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza, Napoli, 1989, 29 ss.

108 S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit. 262 ss.; sempre in relazione all'incapacità della teoria in parola di differenziare i modelli di responsabilità costruiti sullo schema dei delitti aggravati dall'evento, ed in particolare di giustificare la differenza sanzionatoria tra ipotetico concorso di reati e delitti aggravato soltanto su considerazioni di liceità o meno del rischio vedi A. BONDI, *I reati aggravati*, cit., 123.

109 G. FIANDACA, *Considerazioni*, cit. 29 ss.

110 A. BONDI, *I reati aggravati*, cit., 122.

111 F. BASILE, *La colpa*, cit., 149-150.

colpevolezza diversa da quella classica colposa.

In particolare, secondo un'opinione, la colpa *in re illicita* si caratterizza per la prevedibilità in concreto dell'evento da parte del soggetto agente, potendo egli sempre evitare la causazione dell'evento prevedibile. In sostanza, anche questa tesi nega la possibilità di enucleare *in re illicita* una violazione della diligenza e incentra tutto il rimprovero sul cattivo uso del potere soggettivo¹¹².

Per altra prospettiva dottrinale, la colpa in attività illecita si fonderebbe sì intorno alla valorizzazione del caso fortuito e forza maggiore, ma in una prospettiva esclusivamente processuale. Ritiene questa opinione che l'art. 45 abbia la funzione di limitare la responsabilità nei casi di colpa per inosservanza di legge, in quanto ivi la colpa andrebbe esclusa solo in virtù della imprevedibilità dell'evento (caso fortuito) o inevitabilità (forza maggiore), accertati secondo il criterio dell'*homo ejusdem professionis et condicionis*. D'altro canto, si prosegue, la responsabilità oggettiva sarebbe una ipotesi speciale di colpa per inosservanza di legge, comunque assoggettata alla regola di cui all'art. 45¹¹³. La differenza tra colpa *in re licita* e colpa *in re illicita* andrebbe rinvenuta, per questa opinione, non nei rispettivi contenuti, ma nella semplificazione probatoria propria delle ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato, ove l'ordinamento richiederebbe all'accusato di dimostrare in concreto la imprevedibilità ed inevitabilità; aggravamento processuale giustificabile, secondo l'Autore, in ragione delle esigenze di prevenzione generale che animano il *versari in re illicita*¹¹⁴.

Tutte le tesi contenute in questo paragrafo si caratterizzano, in conclusione, per il rilievo riconosciuto al potere del soggetto agente, quale dominio finalistico sul fatto.

3.3. La tesi della colpa in concreto.

Secondo l'impostazione almeno formalmente più garantistica, l'evento ulteriore cagionato *in re illicita* deve essere imputato sulla base di una vera e propria colpa, accertata attraverso i passaggi classici di questo tipo delittuoso. Chi tuttavia si aspettasse un'uniformità di ricostruzioni resterebbe deluso; a quanto pare il concetto

112 R. BARTOLI, *Colpa*, cit., 1050.

113 M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 78 ss.

114 *Ibidem*, 147 ss.

di colpa, già di per sé complesso, spostato dall'ambiente lecito in area penalmente vietata perde di univocità.

L'argomento principale speso in favore della tesi della colpa in concreto è ricorrente: la necessità di adeguare l'imputazione dell'evento non voluto *in re illicita* al principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., sul presupposto che la colpa ne rappresenti il contenuto minimo. Al di fuori della responsabilità per il mero nesso causale la visione è solo bidimensionale: dolo o colpa.

Tra coloro che richiamano la colpa in concreto si avvertono diversità, almeno nominalistiche, circa il ruolo da attribuire alla violazione della diligenza ed alla evitabilità.

Secondo una prima impostazione, la colpa in concreto *in re illicita* andrebbe costruita attorno al solo momento soggettivo, integrato dalla prevedibilità in concreto dell'evento secondo il parametro dell'uomo ragionevole. La violazione della regola cautelare non assumerebbe alcuna funzione in quanto, a fronte della pericolosità di un'attività base illecita, si staglierebbe un dovere di astensione. L'evitabilità d'altronde, rispetto ad un evento in concreto prevedibile, sarebbe già insita nella possibilità di non commettere il reato base¹¹⁵.

Nelle attività vietate perché pericolose, in assenza di un rischio consentito, il dovere di evitare la realizzazione dell'evento sarebbe imposto direttamente dalla fattispecie incriminatrice che ne sanziona la causazione colposa¹¹⁶. Questa impostazione non dubita, nonostante il mancato richiamo alle regole cautelari, che il rimprovero sia costituito da effettiva colpa, posto che l'assenza di regole cautelari giuridicamente rilevanti dipenderebbe giustappunto dall'assenza di un rischio consentito.

Secondo altra impostazione, anche nella colpa in attività illecita occorre accertare una violazione della diligenza segnata da vere e proprie regole cautelari. Le regole cautelari andrebbero ricostruite attraverso un giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, espresso dal punto di vista dell'agente modello, ossia dalla persona ragionevole più vicina al circolo di rapporti afferente all'agente reale, arricchito dalle

115 F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 366; G. DE FRANCESCO, *Opus illicitum*, cit. 1034-1036, Autore che peraltro già intende la colpa come mera forma di colpevolezza; E. GALLO, *I delitti aggravati*, cit., 410, il quale comunque non specifica il parametro del giudizio di prevedibilità.

116 Chi aderisce a questa impostazione suppone, invero, un rilievo oggettivo del rischio che fonda il dovere di astenersi dalla condotta.

speciali conoscenze e capacità di quest'ultimo¹¹⁷. Rimane tuttavia ancora in ombra il profilo della evitabilità; invero, anche questa dottrina, almeno con riguardo alle attività non standardizzate, utilizza la regola cautelare (prevedibilità – evitabilità dell'evento da parte dell'agente modello) quale criterio di rimproverabilità soggettiva dell'autore, sottolineandosi come quest'ultimo, potendo prevedere l'evento, avrebbe altresì potuto astenersi dal commettere il fatto base¹¹⁸.

Valutata la colpa soltanto in termini di prevedibilità in concreto, privata la regola cautelare del momento della evitabilità modale (e radicata nella mera astensione) il problema della colpa viene identificato nella scelta delle caratteristiche personali dell'agente concreto, da cui fare astrazione, per la formazione dell'agente modello¹¹⁹. Non si ravvisano a questo punto differenze – almeno nelle situazioni di vita aspecifiche - rispetto a quelle tesi incentrate sul potere soggettivo di evitare l'evento che negano autonomo rilievo alle regole cautelari (alcune delle quali, trattate nel presente paragrafo, affermano che sempre di colpa si tratta, ed altre, di cui al paragrafo precedente, negano che ricorra una vera e propria colpa¹²⁰)¹²¹.

Sul fronte giurisprudenziale la tesi della colpa in concreto si è consolidata, nell'interpretazione dell'art. 586, a partire dalla c.d. sentenza Ronci (Cass. Pen., Sez. unite, Sent. n. 22676 del 29 maggio 2009) resa a proposito della responsabilità dello

117 F. BASILE, *La colpa*, cit., 278 ss.

118 Si vedano le numerose esemplificazioni di F. BASILE, *La colpa*, cit., 311 ss., ove l'Autore pare riconoscere un ruolo effettivo alla evitabilità in concreto dell'evento quando la condotta dell'agente si inserisce all'interno di una attività socialmente definita, che conosce un agente modello di categoria (es. anestesista rianimatore, medico abortista, automobilista); mentre un chiaro ruolo dell'evitabilità sfuma e si confonde con la possibilità di astenersi dalla condotta base quando l'attività base è generica e l'agente modello è la persona ragionevole. Conferme in ordine all'ambiguo ruolo della evitabilità se ne trovano, con riguardo all'opinione espressa da questa dottrina, intorno al concorso anomalo ex art. 116. Invero, dopo aver ricondotto il concorso anomalo al tema della colpa *in re illicita*, si afferma espressamente come “una valutazione della prevedibilità in concreto – purché effettuata dal punto di vista di un uomo ragionevole, e non di soggetto onnisciente e onnipredidente – viene di fatto ad equivalere ad un giudizio di colpa”: Cfr.: F. BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 28 febbraio 2014 (ud. 19 novembre 2013) n. 9770, in *Dir. Pen. Cont., Rivista Trimestrale on line*, 3,4/2014, 413.

119 Si veda la ricostruzione della fisionomia della colpa *in re illicita* in F. BASILE, *La colpa*, cit., 278 ss., ove l'Autore propone un'accurata selezione della modalità ricostruttiva, *in re illicita*, dell'omologo agente ideale, identificato nella persona ragionevole.

120 Salva la già vista tesi di M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., 153, che riconduce l'art. 45 anche alla normale colpa e ne afferma *in re illicita*, esclusivamente, un mutamento della disciplina processuale.

121 Peraltro medesime conclusioni sono raggiunte, nella critica alla responsabilità da rischio totalmente illecito, da F. BASILE, *La colpa*, cit., 159 ss.

spacciatore per la morte dell'assuntore della sostanza stupefacente¹²²; rimane invece estranea all'interpretazione dell'omicidio preterintenzionale¹²³. Probabilmente, la cedevolezza della responsabilità oggettiva si apprezza maggiormente in seno all'art. 586 in ragione della diversa pregnanza della situazione base che innesca l'evento non voluto: mentre l'art. 586 richiama qualsiasi delitto, e quindi anche schemi penali che non manifestano di per sé alcuna specifica tensione offensiva rispetto al bene giuridico in ultimo tutelato, la fattispecie di omicidio preterintenzionale, o quelle enucleate in taluni delitti base suscettibili di essere aggravati dall'evento, tipizzano comportamenti che già esprimono un rischio per il bene ulteriore, segnatamente la vita e/o l'integrità fisica¹²⁴.

Anche in seno alla tesi della colpa in concreto riecheggiano le macro questioni afferenti alla responsabilità *in re illicita*: se la colpa, e con quale contenuto, costituisca forma minima di responsabilità compatibile con il principio costituzionale di colpevolezza o, altrimenti, quale statuto dogmatico abbia tale forma minima; la compatibilità logico razionale tra colpa e attività illecita, con particolare riguardo al ruolo delle regole cautelari e dell'evitabilità; se sia possibile già *de jure condito*, inserire la colpa in concreto nelle varie fattispecie di responsabilità *in re illicita*.

3.4. Tesi “oggettivo-soggettive” e illeciti preterintenzionali in senso lato.

Occorre infine dare atto, telegraficamente, di come si presenta il problema della colpa in attività illecita a proposito dei delitti qualificati dall'esito.

Lo studio dei c.d. delitti aggravati dall'evento si avvantaggia dell'approfondimento dogmatico loro dedicato dalla dottrina tedesca, in un ordinamento ove, dalla riforma del 1953, la colpa è espressamente prevista quale criterio d'imputazione dell'evento non voluto¹²⁵. L'inserimento espresso dell'elemento colpa non ha impedito alla

122 Anche in questa sentenza, e nelle successive che aderiscono alla colpa in concreto (*supra* nota 2), il discorso si sviluppa sulla prevedibilità in concreto dell'evento non voluto, secondo il parametro dell'uomo ragionevole, con premissione dell'approfondimento sull'evitabilità modale.

123 Cfr. *supra* nota 95

124 Inoltre, proprio con riferimento all'art. 586 (ed all'art. 83), la tesi della responsabilità oggettiva deve fare i conti con dati testuali più ambigui, esprimendosi il codice nel senso di una responsabilità “a titolo di colpa”.

125 Cfr. §18 StGB. Per singoli delitti aggravati dall'evento si prevede addirittura la colpa grave: c.d. *Leichtfertigkeit*.

dottrina di approfondire le relazioni oggettive tra *Grunddelikt* ed evento¹²⁶, coniando varie tesi¹²⁷, dai confini tutt'altro che determinati; qui non interessa trattarle specificamente, quanto dissipare taluni equivoci sui rapporti tra queste tesi e la colpa. Le costruzioni proposte intorno ai c.d. *erfolgsqualifizierte Delikte* valorizzano elementi riconducibili al tema del nesso di rischio e della sua realizzazione nell'evento, alla stregua dei criteri utilizzati all'interno della stessa struttura oggettiva della colpa¹²⁸. Mentre la colpa si fonda su di un rischio generico, nell'ambito dei delitti qualificati viene tipizzato in particolare uno specifico nesso di rischio tra evento e delitto base.

Si apprezza, insomma, la specialità di questa relazione di rischio rispetto a quella afferente all'ordinaria struttura colposa, di guisa che le tesi in parola non escludono, ma contengono, la struttura oggettiva della colpa¹²⁹. Il problema di imputazione oggettiva diviene così un problema di tipicità delle singole fattispecie.

Tant'è vero che, ove nel caso di specie venisse escluso il nesso di rischio tipico del singolo delitto qualificato dall'evento, potrebbe ancora sussistere un concorso di reati tra *Grunddelikt* e generale fatto colposo¹³⁰.

Da qui la classificazione “oggettivo-soggettive”, trattandosi di tesi che non precludono, ed anzi affermano, l'integrazione con la colpa anche sotto il profilo soggettivo¹³¹. In breve: non si pongono in antitesi con il recepimento della colpa in ambiente illecito.

126 Si sottolinea, peraltro, come proprio in seno alla necessità di limitare l'ascrizione di conseguenze non volute nell'ambito di siffatti schemi delittuosi, sia nata e si sia sviluppata la stessa teoria dell'adeguatezza. Sul punto vedi E. DOLCINI, *L'imputazione*, cit., 779.

127 Ci si riferisce alle varie articolazioni della teoria della realizzazione nell'evento dello specifico rischio insito nel delitto base: teoria dell'immediatezza; c.d. teoria della letalità e loro varianti. Cfr. per un *excursus* e critica: S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 52 ss.

128 Sui rapporti tra criteri di imputazione oggettiva e struttura oggettiva della colpa vedi G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1991, 3 ss., ora in G. Marinucci, *La colpa – studi*, Milano, 2013, 329 ss; vedi anche M. DONINI, (voce) *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. Dir. annali*, 2007, 677 ss.

129 La specialità si manifesta inoltre nella conseguenza sanzionatoria, sensibilmente peggiore, riservata dal legislatore tedesco ai delitti qualificati rispetto al concorso tra reato doloso e reato colposo.

130 Cfr. S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 174.

131 Precisiamo tuttavia e lo chiariremo in seguito come, anche il richiamo alla colpa, almeno per chi la ritiene estesa ad una struttura oggettiva, è una tesi oggettivo-soggettiva. Qui intendiamo l'oggettivo in senso stretto, come ricavato dal singolo fatto oggettivamente inteso e non dalla colpa come criterio generale di responsabilità.

Secondo taluno, il fatto che tali criteri oggettivi siano stati in particolar modo teorizzati in un ordinamento che espressamente prevede l'imputazione dell'evento a titolo di colpa, allorché, quindi, non vi sarebbe stato bisogno di “battere” su un autonomo momento oggettivo di valutazione, dimostrerebbe un atteggiamento di sfiducia rispetto alla capacità della sola colpa di garantire il rispetto del principio di colpevolezza¹³². In realtà, la costante ricerca di un arricchimento oggettivo nell'ambito di questi fenomeni delittuosi, andrebbe letta più come tentativo di giustificare razionalmente la forte differenza di trattamento sanzionatorio esistente tra la cornice edittale del delitto aggravato e quella ricavabile da un ipotetico concorso tra fatto doloso e colposo¹³³.

Peraltro, anche nel nostro ordinamento, con riguardo ai c.d. illeciti preterintenzionali in senso lato, si pone il problema di giustificare i limiti edittali di pena previsti dal legislatore, spesso molto più incisivi rispetto ad concorso tra fatto doloso e fatto colposo, con conseguenti attriti rispetto al principio di colpevolezza sotto il profilo della proporzionalità del trattamento sanzionatorio¹³⁴. Pertanto, in assenza di un ripensamento generale delle cornici edittali di pena, l'inserimento della colpa quale criterio di imputazione potrebbe non risultare sufficiente a garantire il pieno rispetto del principio di proporzionalità tra sanzione e disvalore del reato¹³⁵.

4. I SINGOLI PROFILI DI ATTRITO TRA COLPA E RESPONSABILITÀ IN RE ILLICITA.

Vediamo ora, più nello specifico, i problemi opposti al “trapianto” della colpa da quella che viene considerata la sua sede naturale, l'attività consentita, entro l'universo dell'attività in radice vietata.

Ci confronteremo, in particolare, con i rilievi di ordine generale riguardanti la possibilità *logica e normativa* di mantenere la struttura della colpa immutata *in re*

132 Così invece A. CASTALDO, *La struttura*, cit., 1028.

133 Adotta questa ottica, ci pare, S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 52 ss.

134 In ordine al problema generale dei rapporti tra comminatoria edittale e proporzionalità della pena T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir., proc. pen.*, 1992, 419 ss.; in senso critico rispetto ai limiti edittali previsti per l'omicidio preterintenzionale S. CANESTRARI, (voce) *Preterintenzione*, cit., 722; vedi anche ID, *L'illecito*, cit. 274 ss.

135 Sulla giurisprudenza costituzionale in merito alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio, con riferimento anche al principio di uguaglianza vedi G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 178 ss.

illicita.

Sotto il profilo *logico* vengono segnalati i seguenti punti critici.

In primo luogo, l'impossibilità, in territorio già vietato, di assegnare autentico valore normativo alle regole cautelari, dovuta alla contraddizione ed irragionevolezza in cui cadrebbe l'ordinamento se, a fronte del divieto di agire insito nella norma incriminatrice dolosa, contestualmente tramite la norma colposa intimasse al soggetto di eseguire il reato diligentemente¹³⁶. Si riporta l'esempio di colui che, volendo ferire l'avversario, utilizza un coltello arrugginito e cagiona la morte dell'offeso per infezione da tetano; sarebbe ben pensabile una cautela nel senso di disinfettare la lama ma, si afferma, la norma colposa "ferisci con cautela" suonerebbe vieppiù assurda¹³⁷. Ancora, a fronte di una vittima di sequestro di persona che si getti dall'auto dei sequestratori trovando la morte, sarebbe assurda una regola cautelare che intimasse ai rei di legare meglio la vittima¹³⁸. L'unica indicazione normativa coerente con la compresenza di un illecito base doloso non potrebbe, dunque, presentare un contenuto diverso dalla radicale astensione.

In secondo luogo, sarebbe impossibile, e comunque inutile, ricostruire un agente modello rispetto al quale valutare il comportamento dell'agente concreto. Invero, si afferma, promanando il modello di agente dal tipo di attività realizzata, esso dovrebbe ricavarsi dalle caratteristiche della concreta attività delittuosa, configurandosi così alla stregua di un delinquente modello¹³⁹. Suonerebbe affatto paradossale valutare, ad esempio, il comportamento dello spacciatore in carne ed ossa alla stregua dello spacciatore modello, entità di per sé rinnegata a livello sociale e giuridico¹⁴⁰. In ogni caso - e così si torna alla prima obiezione - l'agente modello,

136 Cfr.: A. CARMONA, *Il versari*, cit., 237; ID., *La "colpa in concreto"*, cit., 4589; S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 122 ss.; R. BARTOLI, "colpa", cit., 1049. Ammette la vincolatività delle regole cautelari anche *in re illicita* F. BASILE, *La colpa*, cit., 244 ss., argomentando sulla base del principio di eguaglianza, che imporrebbe di graduare la responsabilità anche *in re illicita*, per distinguere i casi di agevole prevedibilità da quelli di assoluta imprevedibilità dell'evento, nonché richiamando la necessità di offrire tutela al bene giuridico anche *in re illicita* tramite l'imposizione del dovere di diligenza, ed infine ricordando che la contraddizione logica tra divieto e dovere neanche si realizzerebbe ove la regola cautelare venisse intesa, in aderenza ad autorevole dottrina, come onere. L'Autore configura esplicitamente la regola cautelare *in re illicita* come norma di secondo livello che interviene quando la prima ha fallito in ID., *L'alternativa*, cit., 937 ss.

137 A. CASTALDO, *La struttura*, cit., 1080.

138 *Ibidem*.

139 Vedi dottrina citata *supra* nota 136.

140 In particolare A. CARMONA, *La "colpa in concreto"*, cit., 4593; R. BARTOLI, "Colpa", cit., 1050.

incarnando l'aspettativa dell'ordinamento giuridico, già si asterrebbe dal commettere il delitto base¹⁴¹.

In terzo luogo, rimarrebbe ambiguo il ruolo della evitabilità, posto che essa risulterebbe *in re ipsa* nella possibilità, peraltro imposta dalla fattispecie dolosa, di astenersi dal delitto base¹⁴². E' infatti evidente che, ove l'evento si sarebbe comunque verificato nonostante l'astensione dal fatto base, sarebbe ancor prima assente il nesso di causalità. Tizio percuote Caio, il quale inciampa, cade, batte la testa e muore: si porrà, secondo questa impostazione, un problema di prevedibilità ma certamente non di evitabilità in quanto l'agente, astenendosi dalla percossa – attività in sé vietata –, avrebbe evitato la caduta e la conseguente morte.

Si nega, coerentemente con questa impostazione, la possibilità di rinvenire un comportamento alternativo lecito, essendo la vicenda sociale già radicalmente illecita¹⁴³.

Negata la configurabilità della colpa ordinaria nell'attività illecita, la dottrina contemporanea, come abbiamo visto, non si adagia sulla responsabilità oggettiva ma, rinunciando ad un impensabile dovere di diligenza e valorizzando il dato costituzionale, eleva il *momento soggettivo della colpa* a requisito necessario e sufficiente per collegare l'autore all'evento non voluto sotto il profilo del “potere” di dominio sul fatto¹⁴⁴.

Quanto al problema della compatibilità sotto il profilo normativo tra colpa e attività illecita, la dottrina richiama argomenti di stretto diritto positivo, cui si è già fatto più di un cenno, in ordine alla necessità di mantenere, in aderenza al principio di

141 Abbiamo inteso qui dar conto delle principali obiezioni mosse alla colpa *in re illicita*, senza preoccuparci di incorrere in eventuali duplicazioni: così ad esempio, per chi ritiene che l'agente modello abbia la funzione di conformare la regola cautelare, alla negazione di un agente modello *in re illicita* corrisponde l'impossibilità di configurare regole cautelari; ove invece si assegni all'agente modello un ruolo di imputazione soggettiva della colpa l'obiezione in parola pregiudicherà direttamente il versante soggettivo. Ancora, non è da confondere l'impossibilità di costruire cautele con la loro doverosità: la tesi che nega il dovere di diligenza afferma, talvolta, la possibilità di pensare delle cautele, prive tuttavia di valore normativo. La trattazione di queste problematiche presuppone il riferimento alla struttura della colpa, *infra* cap. III.

142 A. CARMONA, *Il versari*, cit., 240.

143 Cfr. sempre la dottrina citata a nota 136. Vedi anche M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 427-428.

144 Vedi ad esempio R. BARTOLI, “Colpa”, cit., 1050; Continua a rigettare l'idea della colpa in attività illecita, pur dopo la c.d. sentenza Ronci, ed espressamente nega che la prevedibilità in concreto possa equivalere in tutto e per tutto a responsabilità autenticamente colposa, data l'assenza del relativo versante oggettivo A. CARMONA, *La “colpa in concreto”*, cit., 4589 ss.

conservazione delle norme giuridiche, un rilievo autonomo a tutte quelle disposizioni codicistiche che si occupano dell'imputazione di un evento *in re illicita*, con particolare riferimento all'art. 42 comma 3 (responsabilità altrimenti) ed all'art. 83 comma 1 (reato aberrante). In particolare si nota come, estendendo la disciplina colposa in senso stretto a tutte le ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato, si porrebbe ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 42 comma 3, non residuando ipotesi di responsabilità "altrimenti", e dell'art. 83, dato che il concorso tra reato colposo e quello doloso è già ricavabile dai principi generali¹⁴⁵.

Segnaliamo, infine, la presenza di ulteriori profili problematici che, nella nostra ottica, possiamo definire secondari, quali la difficoltà pratico-probatoria di distinguere, in ambito illecito, la colpa dal dolo eventuale¹⁴⁶, nonché l'irragionevolezza di talune cornici sanzionatorie, cui già si è fatto cenno.

Per rispondere agli interrogativi sollevati in merito alla *culpa in re illicita* occorre procedere attraverso tre diversi *steps*: l'interpretazione del principio costituzionale di colpevolezza e del suo significato minimo; l'approfondimento della struttura della colpa; la verifica della sua adattabilità, dal punto di vista logico e normativo, al contesto illecito.

145 Per altre obiezioni sul punto, tutte comunque agevolmente superabili in ragione di una interpretazione costituzionalmente orientata, si rimanda all'esposizione di F. BASILE, *La colpa*, cit., 103 ss.

146 Vedi in particolare R. BARTOLI, "Colpa", cit., 1052; Cfr. anche G. DE FRANCESCO, *Opus illicitum*, cit., 1009 ss.

CAPITOLO II

AMBIGUITÀ INTORNO AL “SIGNIFICATO MINIMO” DEL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA.

1. PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA E ART. 27 COSTITUZIONE.

I rapporti tra *versari in re illicita* e responsabilità penale personale devono osservarsi partendo dal principio costituzionale di colpevolezza, quale “dover essere” e paradigma di quell'interpretazione costituzionalmente orientata praticabile sin tanto che non vi si oppongano insuperabili ostacoli del dato letterale.

La stessa lettera dell'art. 27 comma 1 Cost. si presenta tuttavia incapace¹⁴⁷ di orientare l'interprete sul significato materiale della formula “*la responsabilità penale è personale*”.

Rimane pertanto oscuro quale sia il criterio soggettivo minimo conforme a Costituzione per l'imputazione di un fatto penalmente rilevante: si ammette ormai pacificamente l'insufficienza del mero nesso causale, ma rimane incerto se basti la prevedibilità, in una delle sue diverse accezioni, od occorra una vera e propria colpa¹⁴⁸.

A sciogliere questo nodo non contribuiscono, di per sé, le formule definitorie offerte dalla dottrina: *nesso psichico tra l'agente ed il fatto commesso*¹⁴⁹; *dominio finalistico o evitabilità finalistica* dell'agente quale condizione necessaria per il rimprovero penale¹⁵⁰; *relazione psichica* non solo con il fatto ma con l'intero reato in senso lato,

147 La definisce “laconica” A. ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione (art. 27 1° comma)* in *Commentario della Costituzione – Rapporti civili – art. 27-28*, Bologna, 1991, 3.

148 Intravede il dualismo prevedibilità/colpa già all'interno dell'art. 27 Cost. F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 129. Risulta ormai abbandonata, invece, quell'impostazione che interpretava l'art. 27 Cost. come divieto della sola responsabilità per fatto altrui, inteso quindi a garantire esclusivamente il carattere di stretta personalità della pena, nel senso della sua intrasmissibilità alla collettività o ad altri soggetti, in una sorta di corrispondenza biunivoca ed esclusiva tra reo e destinatario dell'afflizione penale. In quest'ultimo senso vedi: A. AMORTH, *La Costituzione italiana – commento sistematico*, Milano, 1948, 61; G. VASSALLI, *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità obiettiva per fatto proprio*, in *Giust. Cost.*, 1957, 1005 ss.; P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, 32 ss.

149 *Ex multis*: G. BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, 15; G. FLORA, *La responsabilità penale personale nelle sentenze della Corte Costituzionale*, in *Temi*, 1974, 277; F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva*, cit., 457; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 625 ss.

150 A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 410; V. MILITELLO, *Rischio*, cit., 258 ss.

cioè “con tutte le componenti che fondano la responsabilità”¹⁵¹.

Il principio costituzionale di colpevolezza instaura una relazione biunivoca con l'omonima categoria del reato: normativamente, in senso discendente, quale capacità del principio di modellare e influenzare l'interpretazione dei singoli elementi del reato connotati o connotabili in senso psichico¹⁵²; “culturalmente” anche in senso inverso, essendo l'interpretazione odierna della norma costituzionale influenzata da quel significato di colpevolezza che storicamente si è formato all'interno dell'analisi del reato e delle funzioni della pena, per effetto della dialettica tra colpevolezza formale e colpevolezza materiale¹⁵³.

Con l'affermarsi di un volto costituzionale del reato, quella ricerca della *ratio* della colpevolezza, che in origine si muoveva al confine tra etica e diritto, può finalmente iscriversi nei binari certamente positivi posti dalla Costituzione.

L'identificazione della funzione del principio di colpevolezza, essenziale per comprendere i tratti fondamentali che il nesso tra autore e fatto deve presentare, è intimamente connessa con la teoria delle funzioni della pena, dovendosi chiedere per quale motivo l'irrogazione di una pena debba essere necessariamente coperta dalla colpevolezza¹⁵⁴. Le risposte ruotano attorno all'alternativa tra un'idea di colpevolezza che fonda la pena¹⁵⁵, ed un'idea della pena che persegue proprie finalità politico-criminali sganciata dalla colpevolezza, ma che trova in quest'ultima un argine a

151 Così R. BARTOLI, *Uno studio*, cit., 121-122, ove sottolinea come il principio di colpevolezza operi ad ampio raggio, non solo nei confronti del fatto ma altresì verso ogni aspetto rilevante del reato in senso lato, compresa la stessa legge penale.

152 Su questo rapporto di condizionamento tra principio di colpevolezza e omonima categoria del reato R. BARTOLI, *Uno studio*, cit., 10 ss.; in generale, sulle relazioni tra principio di colpevolezza e relativa categoria dogmatica vedi anche M. DONINI – L. RAMPONI, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol I, Torino, 2012, 297 ss.

153 Su questa dialettica cfr. D. PULITANÒ, *L'errore*, cit., 71 ss. Sull'evoluzione storica della colpevolezza intesa come categoria del reato: G. MARINI, (voce) *Colpevolezza*, in *Dig. dir. pen.*, vol. III, Torino, 1988, 314 ss.; T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 554 ss.; G. VASSALLI, (voce) *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, 1988, VI, p. 1 ss.

154 Intesa qui nel senso di colpevolezza fondante e non come colpevolezza criterio di commisurazione della pena. Per indicazioni bibliografiche essenziali su questi due concetti vedi: R. BARTOLI, *Uno studio*, cit., 8 ss.; sull'approccio alla ricostruzione del principio di colpevolezza partendo dalla teoria della pena cfr.: D. PULITANÒ, *L'errore*, cit., 109 ss.; vedi anche W. HASSEMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. Pen.*, 1980, 42 ss.

155 Si tratta delle teorie retribuzioniste, della pena come reazione al male commesso in senso etico, cfr.: G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, ora in *Scritti Giuridici*, Tomo II, Padova, 1966, 602 ss.; ID, *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1007 ss.; o ancora come punizione rispetto ad un atteggiamento di disobbedienza al comando legislativo: P. NUVOLONE, *La concezione giuridica italiana della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 3 ss.

garanzia dell'individuo¹⁵⁶.

Non è qui necessario – né possibile, attesa la vastità del tema - approfondire le suddette teorie o trattare *funditus* il problema della colpevolezza. Ci limiteremo a metterne in luce gli aspetti utili per inquadrare, sotto questo profilo, il problema dell'imputazione dell'evento non voluto cagionato *in re illicita*. Riferimenti minimi potranno essere offerti in uno con l'esposizione delle note sentenze della Corte costituzionale n. 364/1988 e 1085/1988, ove i concetti di colpevolezza-garanzia e colpevolezza-fondamento ricorrono ampiamente (seppur la Corte abbia formalmente dichiarato di non prediligere nessuna delle due accezioni)¹⁵⁷.

1.1 Corte costituzionale e principio di colpevolezza: in particolare le sentenze n. 364/1988 e 1085/1988.

Rimandando il lettore ad altre fonti per una sintesi dell'evoluzione storica della giurisprudenza costituzionale sul principio di colpevolezza¹⁵⁸, le due decisioni cardine che hanno veicolato, all'interno del sistema penale, la necessità di una responsabilità penale per fatto proprio e colpevole sono Corte Cost. n. 364/1988 e Corte Cost. n. 1085/1988.

Con la prima sentenza, nel dichiarare incostituzionale l'art. 5 c.p. ove sanciva l'irrelevanza dell'ignoranza inevitabile della legge penale, la Corte eleva ad unico modello di responsabilità penale conforme a Costituzione quello per fatto proprio colpevole, caratterizzato soggettivamente da “*almeno la colpa*” con riferimento agli elementi più significativi della fattispecie¹⁵⁹.

156 Sull'idea di colpevolezza quale garanzia individuale rispetto agli scopi politico-criminali che il legislatore assegna alla pena è fondamentale: C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 369 ss.; Cfr. anche W. HASSEMER, *Principio di colpevolezza*, cit., 71.

157 Nota il parallelo tra l'argomentare della Corte costituzionale e le fondamentali tesi dottrinali espresse in merito M. DONINI – L. RAMPONI, *Introduzione*, cit., 296.

158 Efficace in questa sintesi *Ibidem*, 292; A. ALESSANDRI, *op.cit.*, 15 ss.

159 Sentenza ampiamente commentata: A. ALESSANDRI, *Commentario*, cit., 99; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: prima lettura della sentenza 364/1988*, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.; T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5*, in *Leg. pen.*, 1988, 453 ss.; D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.; G. VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, 3 ss. Per un riferimento, oltre che ai meriti, anche alle ambiguità di questa decisione vedi M. DONINI – L. RAMPONI, *Introduzione*, cit., 291 ss.

Gli argomenti spesi dalla Corte per sostenere che responsabilità penale autenticamente personale può essere solo quella colpevole, ripresi peraltro da precedente dottrina¹⁶⁰, sintetizzano, e fondono, i portati caratteristici delle concezioni della colpevolezza come fondamento della pena e come garanzia individualistico-liberale.

Sotto questo profilo, due sono gli argomenti da evidenziare¹⁶¹. Da un lato, l'interpretazione teleologica della colpevolezza collegata con gli scopi della pena ed *in primis* con la funzione rieducativa sancita in seno al terzo comma dell'art. 27 Cost¹⁶²: non avrebbe senso, si è detto, punire un soggetto che non manifesta il bisogno di essere sottoposto a trattamento penale in quanto non versi almeno in colpa rispetto al fatto commesso, e che perciò non sia rimproverabile. Tra fatto e persona si deve realizzare una compenetrazione tale per cui emerga un riprovevole contrasto, o indifferenza, ai valori protetti dall'ordinamento giuridico. Dall'altro, vengono richiamate fondamentali esigenze garantistiche che si iscrivono nel più ampio quadro dei rapporti tra Stato e cittadino, intesi in senso contrattualistico-liberale¹⁶³, ove ad ognuno deve essere garantita libertà di scelta di azione tra lecito ed illecito. L'esercizio di tale libertà presuppone la possibilità di conoscere le conseguenze penali che l'ordinamento assegna a determinate condotte, ed in questo senso il principio di colpevolezza si manifesta come secondo aspetto del principio di legalità. E' con la coeva sentenza n. 1085/1988 sul furto d'uso che la Consulta precisa come gli elementi estranei alla materia del divieto, quali le condizioni estrinseche di punibilità, restano fuori dall'area del dolo e della colpa¹⁶⁴. Nel caso di specie la Corte

160 Per questa osservazione *Ibidem*, 294 ss.

161 Un terzo argomento è quello fondato sul principio di conservazione delle norme giuridiche, nel senso che il divieto della responsabilità per fatto altrui è già ricavabile da altri principi costituzionali, *in primis* quello di materialità ex art. 25 comma 2, il quale esprime l'idea del reato come fatto necessariamente commesso dal responsabile che soggiace alla punizione, cosicché l'art. 27 deve prescrivere qualcosa di più rispetto alla necessità di un semplice rapporto oggettivo di causalità tra evento ed agente. In questo senso Cfr. G. BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale*, cit., 83; ID, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Scritti Giuridici*, 1966-1980, Padova, 106 ss.; *contra*, nel senso che il divieto di responsabilità per fatto altrui sarebbe contenuto nel primo comma dell'art. 27, mentre il principio del fatto proprio colpevole sarebbe enucleabile dal terzo comma F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 218-219.

162 Collegamento sistematico tra i due commi già proposto da precedente dottrina, vedi per i riferimenti storici M. DONINI – L. RAMPONI, *Introduzione*, cit., 294-295.

163 Cfr. S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 20;

164 Sentenza annotata da P. VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 289 ss.

dichiarava illegittimo l'art. 626 c.p. sul furto d'uso, estendendone l'applicazione – in luogo della più grave fattispecie di furto comune – al caso in cui la restituzione della cosa, sottratta con l'intento di restituirla immediatamente, divenga impossibile per caso fortuito o forza maggiore.

La rilevanza di questa seconda sentenza si apprezza nella espressa presa di posizione circa il rapporto fondamentale che corre tra colpevolezza, divieto e disvalore, laddove divieto e disvalore devono essere imputati al soggetto attraverso un nesso personalistico, restando fuori da questo nesso gli elementi estranei al divieto.

Tra divieto e disvalore esiste quindi una relazione di condizionamento: l'esistenza del disvalore penale presuppone che esso sia fatto oggetto del divieto legislativo; detto altrimenti, può partecipare al disvalore solo ciò che è penalmente vietato¹⁶⁵.

Due sono le consegne utili ai nostri fini e di immediata ricaduta applicativa lasciate dalla giurisprudenza costituzionale: definire il concetto di “elemento significativo della fattispecie” e di “colpa” quale forma minima di responsabilità, con riferimento, rispettivamente, all'evento diverso da quello voluto ed al relativo criterio di ascrizione costituzionalmente imposto dallo stesso principio di colpevolezza o ancor prima da altri principi costituzionali, *in primis* quello di materialità-offensività, opportunamente riferito anche al disvalore di azione.

2. MOMENTI DI TENSIONE TRA VERSARI IN RE ILLECITA E PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA.

Pur nell'incertezza dell'esatta estensione della nozione di “elementi significativi della fattispecie”, non appare revocabile in dubbio che questa abbracci l'evento non voluto (inteso qui in senso naturalistico, dato che quello giuridico sarebbe per definizione significativo) tipizzato delle fattispecie di divergenza tra voluto e realizzato da noi considerate afferenti alla “colpa in attività illecita”.

Siffatto evento, invero, rappresenta il sostrato materiale dell'offesa al bene protetto, il quale peraltro già riceve tutela in via autonoma anche da aggressioni *tout court* colpose; inoltre, sempre la realizzazione dell'evento incide sensibilmente, ed in via

¹⁶⁵ Il punto dolente delle condizioni intrinseche di punibilità dovrà, pertanto, essere risolto con la loro riconduzione al ruolo di elemento costitutivo del reato, salvo che l'offesa fattuale in loro contenuta non abbia alcuna incidenza sul disvalore penalistico del fatto base, già di per sé offensivo, e la cui pena rimane proporzionata all'offesa oggetto della illiceità base. Cfr. *Ibidem*, 311.

negativa, sulla cornice edittale di pena¹⁶⁶.

Acquisito che la responsabilità per il mero nesso causale non è compatibile con il principio di colpevolezza, vediamo come si presentano i rapporti tra *versari in re illicita* e le accezioni del principio di colpevolezza.

All'interno della eterogenea categoria della responsabilità oggettiva¹⁶⁷, le ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato, da taluno significativamente definite di responsabilità oggettiva anomala¹⁶⁸, sono caratterizzate dalla presenza di una volontà criminosa relativa all'attività base. La situazione "pubblicistica" del reo, a fronte del volontario ingresso in territorio penalmente illecito, si qualifica negativamente rispetto a colui che svolge un'attività base lecita: il primo, invero, decide di contraddire la norma penale ben informato dalla fattispecie legale che corre il rischio di rispondere anche del non voluto, ed addirittura pur ove questo sopraggiunga in modo del tutto anomalo.

Rispetto ad una colpevolezza intesa come garanzia individuale, la cui *ratio* viene rinvenuta nel garantire libertà di scelta al soggetto quale limite ad una pena orientata a scopi preventivi, non si porrebbe in netta antitesi l'idea di punire un soggetto che, volendo arrecare un'offesa, ne cagiona altra diversa e meno grave. Esempificando: se Tizio incarica Caio di uccidere il rivale in affari, ed invece Caio si limita a rapinarlo, la punizione di Tizio per concorso in rapina non troverebbe ostacolo in un principio di colpevolezza inteso nel limitato senso garantistico di tutela della libertà d'azione: Tizio, invero, ha accettato, conferendo il mandato omicidiario, di esporsi al rischio di una pena per l'omicidio, peraltro ben più alta rispetto a quella della rapina¹⁶⁹.

166 Non ci si riferisce, qui, all'evento che, non incidendo sul disvalore penale del fatto, può essere qualificato come condizione obiettiva di punibilità. Sull'importanza, nell'economia del reato, del disvalore di evento vedi N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, 108 ss.; Sul concetto di "evento significativo" come "*elemento fattuale, causalmente dipendente dalla condotta e che «significa» (è segno del)la consumazione della lesione oggettiva dell'interesse protetto*": M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 284.

167 Riconosce l'esistenza, nel nostro ordinamento, di plurimi modelli di responsabilità oggettiva, ciascuno con le proprie peculiarità e comunque tutti inconciliabili con la piena affermazione del principio di colpevolezza C.F. GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 267 ss. In particolare, per un modello della responsabilità oggettiva nel *versari* fondato sulla creazione di un rischio illecito, vedi: S. ARDIZZONE, *Le ipotesi*, cit., 292 ss.

168 Vedi autori nota precedente.

169 Ed in questo senso, quando il reato commesso è meno grave di quello concordato, la punizione *ex*

Addirittura, ove si volesse sostenere che la garanzia del cittadino non contempli l'interesse a poter prevedere la specifica conseguenza sanzionatoria e termini non appena accetta di esporsi al rischio di una generica responsabilità penale¹⁷⁰, ecco che potrebbero ritenersi compatibili con il principio di colpevolezza anche i casi di divergenza ovie il “realizzato” sia più grave del “voluto”.

L'idea posta alla base della colpevolezza garanzia di una volontà individuale quale manifestazione contrattualistico-negoziale resa sulla scorta di “consenso informato” alle possibili conseguenze penali, non assicura il collegamento tra sanzione penale da un lato, ed effettiva relazione tra autore e specifico disvalore storicamente realizzato dall'altro.

Nelle ipotesi di *versari in re illicita*, insomma, si avverte una certa compatibilità con il profilo garantistico della colpevolezza inteso come tutela della “*certezza di libere scelte d'azione*”: il soggetto, versando consapevolmente in territorio illecito, sarebbe già stato posto in grado di esercitare la sua libera scelta¹⁷¹.

L'approccio argomentativo della Corte costituzionale si segnala, invece, per collegare il rimprovero penale al contrasto manifestato dal soggetto rispetto ai *valori* tutelati

art. 116 del concorrente nolente non contrasterebbe con il principio di colpevolezza inteso nell'accezione di garanzia rispetto a libere scelte d'azione.

170 D'altronde, la situazione in cui si trova colui che, entrando volontariamente in un contesto penalmente illecito, decide di esporsi alla reazione penale e tuttavia cagiona un evento diverso non voluto comportante un sensibile aggravio del trattamento sanzionatorio, ci pare assimilabile a quelle del soggetto che, per errore di diritto, erra sulle conseguenze giuridiche del fatto di reato commesso. Sull'errore sul divieto, *ante sent. Corte Cost. n. 364/1988* vedi D.PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., 13; per una trattazione recente: A.VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 329 ss. Incerto è quale sia l'“onere informativo” dello Stato (generica conseguenza penale, pena esatta, cornici di pena). Cfr. peraltro B. SCHÜNEMANN, *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella repubblica federale tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 17 ove si riferisce alla c.d. Teoria dell'ambito della pena, secondo la quale, attesa la inconoscibilità con precisione della colpevolezza in concreto e la stessa elasticità del pensiero sulla colpevolezza, il *quantum* sanzionatorio dato dalla colpevolezza non può essere, un numero fisso ma un “ambito”.

171 Ad arginare la legittimità della responsabilità obiettiva sotto il profilo del principio di colpevolezza resterebbero esclusivamente considerazioni attinenti alla reale efficacia della prevenzione generale negativa a mezzo di intimidazione, argomenti non di valore ma di efficacia Cfr.: D. PULITANÒ, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 61 ss. E su questo punto, se l'incompatibilità tra prevenzione generale e responsabilità oggettiva è ampiamente dibattuta già in relazione alle situazioni base lecite (noto quello tra Bentham e Hart, cfr: J. BENTHAM, *Introduction to the principles of Morals and Legislation*, Oxford, 1879; H.L.A. HART, *Punishment and responsibility: essays in teh philosophy of law*, Oxford, 1968), rispetto all'area base illecita la tesi dell'inefficacia della responsabilità obiettiva a tutelare adeguatamente i beni giuridici resta affidata al debole argomento dell'assenza di indagini empiriche che dimostrino la sua reale efficacia; si veda sul punto: G. FIANDACA, *Considerazioni*, cit., 29 ss.

dall'ordinamento giuridico. Il nesso che si instaura tra bene offeso e rimprovero, innanzitutto, rigetta l'idea di colpevolezza quale mera violazione di un comando¹⁷² e valorizza, attraverso il criterio della evitabilità dell'offesa ad uno specifico interesse protetto¹⁷³, l'aspetto del dominio manifestato dall'uomo sul fatto: la colpevolezza per un furto non è uguale alla colpevolezza per un omicidio, benché alla base dei medesimi fatti vi sia un illecito penale e l'autore, rispettivamente del furto e dell'omicidio, sia egualmente motivabile mediante norme.

Responsabilità penale autenticamente personale è pertanto quella che si fonda su elementi capaci di evidenziare la particolare relazione tra fatto commesso, offesa al valore protetto e necessità di rieducare il soggetto al rispetto di *quel* valore.

Ora, siffatta relazione tra fatto ed autore è estranea alle fattispecie di divergenza tra voluto e realizzato che non si fondino almeno sulla colpa, le quali quindi non possono essere assunte come conformi a Costituzione. Tornando all'esempio sopra proposto, affermare su base oggettiva la responsabilità del mandante per il reato diverso – anche se meno grave - commesso dall'esecutore (rapina in luogo di omicidio) contrasta con il principio di responsabilità penale personale, non tanto perché il mandante non ha potuto “calcolare” la conseguenza ulteriore, ma in quanto il disvalore specifico della rapina non gli appartiene ed egli, rispetto a *quel* disvalore, non necessità di rieducazione.

Due dunque appaiono gli strumenti atti a garantire una piena compenetrazione tra autore e disvalore. In primo luogo, un richiamo alla colpevolezza *anche* come fondamento della pena e non solo come garanzia individuale. In secondo luogo (o anche in alternativa ove si volesse mantenere un significato della colpevolezza intesa solo come garanzia) una adeguata costruzione del fatto tipico intorno alla necessità di un disvalore di azione che si manifesti nel disvalore di evento.

Volendo percorrere questa seconda strada, verrebbero in gioco, ancor prima del principio di colpevolezza, le garanzie costituzionali riguardanti la costruzione del

172 Sulla colpevolezza come violazione della norma penale intesa come comando vedi P. NUVOLONE, *La concezione giuridica*, cit., 3 ss.

173 Per le varie sfaccettature della colpevolezza intesa come rimprovero si rimanda a R. BARTOLI, *Uno studio*, cit., 47 ss.

fatto¹⁷⁴, quali il principio di materialità e offensività¹⁷⁵.

2.1 La valorizzazione della prevedibilità. Dalla calcolabilità al rimprovero.

Il rischio di disarticolare i nessi tra principio di colpevolezza e specifico disvalore del fatto si manifesta in tutti quegli orientamenti che ritengono sufficiente, per implementare la colpa *in re illicita* in modo conforme al principio di colpevolezza, il riferimento ad una sorta di “calcolabilità” delle conseguenze penali.

Ci si riferisce ai tentativi di integrare il *versari in re illicita* con considerazioni di mera adeguatezza del nesso causale o con una forma “labile” di colpa intesa genericamente alla stregua di violazione di legge penale o di prevedibilità in astratto dell'evento¹⁷⁶. In questi casi il soggetto può ben sapere che, violando qualsiasi norma penale (colpa presunta), o quella norma penale che specificamente esplicita una relazione particolare con l'evento ulteriore (colpa in astratto), si espone al rischio di conseguenze penali; rischio evitabile astenendosi dalla condotta illecita base.

L'implementazione, nelle ipotesi di *versari in re illicita*, di un momento di prevedibilità in concreto dell'evento si pone, invece, in linea con l'esigenza di valorizzare rispetto al fatto realizzato, diverso da quello voluto, un pieno giudizio di rimprovero. Il “potere” di evitare lo specifico evento, insito nella sua prevedibilità in concreto, eleva l'autore a *dominus* della vicenda storica, di guisa che egli resta rimproverabile ove, non rinunciando alla condotta, cagioni l'evento non voluto.

Il ricorso alla prevedibilità in concreto nella dinamica delle fattispecie di divergenza tra voluto e realizzato, per chi non lo ritenga ostacolato dalle disposizioni codicistiche vigenti, avviene, sotto il profilo tecnico-dogmatico, tramite l'art. 45 sul caso fortuito e forza maggiore, o tramite il riferimento ad una vera e propria colpa, intesa questa tuttavia come solo momento soggettivo o, ancora, tramite l'aggancio al mero “potere” del soggetto agente separato da una situazione di “dovere”¹⁷⁷.

174 tuttavia, senza l'aggancio anche alla colpevolezza, il fatto rischierebbe di non essere più costruito secondo quei criteri di riconoscibilità tali da permettere alla norma di funzionare come elemento motivante. Sulle relazioni tra criteri di imputazione e configurazione dei tipi di illecito vedi: D. PULITANÒ, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, cit., 82.

175 Alternativa che, forse, riflette i luoghi dogmatici ove si colloca, all'interno del reato, il disvalore di azione, se solo nella colpevolezza o anche nel fatto tipico.

176 Vedi *retro* cap. I par. 3.1.

177 Vedi *retro* cap. I, par. 3.2.

In conclusione, l'evento non voluto è elemento doppiamente significativo della fattispecie, non solo perché manifesta l'offesa e influisce sul trattamento sanzionatorio¹⁷⁸, ma anche perché in esso si deve condensare il disvalore specifico ulteriore, rispetto a quello proprio del fatto base, individualmente addebitabile al soggetto agente secondo i passaggi propri dell'imputazione del disvalore specifico di azione e del disvalore specifico di evento.

3. “ALMENO LA COLPA” PER GLI ELEMENTI PIÙ SIGNIFICATIVI E PREVEDIBILITÀ IN CONCRETO DELL'EVENTO. I TERMINI DI UN EQUIVOCO?

L'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale “*almeno la colpa*” per gli “*elementi più significativi della fattispecie*”, vale a dire quelli oggetto del divieto e portanti il disvalore, si presta ad un equivoco di fondo, insito nella convinzione di poter utilizzare la “stessa colpa” quale forma minima di colpevolezza valevole indistintamente per tutti gli elementi del reato.

Il concetto di colpa deve essere invece diversificato a seconda che si riferisca all'evento offensivo o ad un altro elemento del reato, quale, ad esempio, una circostanza, un profilo interno della colpevolezza (es. ignoranza della legge penale), un presupposto dell'azione (es. età del partner sessuale).

Nel primo caso, la colpa corrisponde ad una forma di responsabilità alternativa al dolo e richiama un preciso fatto tipico colposo, il quale segna l'area del divieto penalmente rilevante. Il reato colposo deve essere ricostruito partendo proprio dal fatto tipico¹⁷⁹. E' invero il fatto tipico che segna l'area di rilevanza del “dovere”, quale momento presupposto per valutare negativamente, in sede di colpevolezza, l'utilizzo

178 I rapporti tra pena e disvalore sono quanto mai complessi, dibattendosi se ogni elemento che influisce sulla pena contribuisca anche a contrassegnare il disvalore di fattispecie e debba quindi essere coperto da colpevolezza: vedi per questa tesi A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 3 ss.

179 Ora, come vedremo anche oltre in questa trattazione, la colpa è un elemento del reato di dubbia collocazione dogmatica, secondo una prima impostazione afferente soltanto alla colpevolezza, secondo altra impostazione riguardante già il fatto tipico, configurando così un illecito colposo differente dall'illecito doloso. Nell'identificazione del fatto illecito, chi intende la colpa come solo momento soggettivo, presupponendo un identico contenuto di illiceità tra fatto doloso e fatto colposo, dovrà rifarsi all'illecito previsto, in forma dolosa, a tutela del medesimo bene giuridico; chi intende la colpa anche come forma di illecito autonoma da quella dolosa, dovrà provvedere ad una adeguata costruzione dell'illecito, intorno al concetto di dovere di diligenza. V. *infra* cap. III.

del “potere” personale. Affermare che un soggetto “poteva” evitare un certo evento è formula neutra fintanto che non si identifichi, nell'ordinamento, una norma che segnali ancor prima il “dovere” di evitare quell'evento. Pertanto, “colpa” come forma minima di responsabilità per un “fatto” commesso apre alla necessità di identificare, ancor prima dell'elemento psichico, quale sia l'illecito colposo penalmente rilevante. Nel secondo caso, quando invece il concetto di “colpa” viene associato ad uno specifico elemento – evidentemente diverso dall'evento offensivo - di un più ampio reato già autonomamente definito doloso o colposo, non si avverte la necessità di identificare l'illecito penale di riferimento e il problema della colpevolezza si risolve nel selezionare il momento psichico sufficiente ad ascrivere quell'elemento. Così, ad esempio, per imputare soggettivamente una circostanza, può essere sufficiente accertare la prevedibilità in concreto dell'accadimento, accontentandosi di una “colpa” intesa come potere fattuale¹⁸⁰. Si pensi all'aggravante dell'aver cagionato, nei delitti contro il patrimonio, un danno di rilevante gravità: l'imputazione per colpa dell'elemento circostanziale può fondarsi sulla prevedibilità di un siffatto danno grave, mentre il divieto penale di riferimento resta quello tipico del delitto contro il patrimonio cui la circostanza accede.

Insomma, tra colpa quale criterio ascrittivo delle circostanze (o di altro elemento del reato diverso dall'evento offensivo) e colpa quale forma di responsabilità penale per un determinato fatto illecito, può esservi omogeneità, al più, sotto il profilo della colpevolezza colposa, non certamente in relazione al fatto tipico di base¹⁸¹.

Chiamo adesso queste considerazioni nel tema della colpa *in re illicita*.

Nelle ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato da noi considerate, il “realizzato” rappresenta sempre un elemento costitutivo che accentra in sé l'offesa tipica, nel quale, quindi, deve realizzarsi la sintesi tra disvalore di azione e disvalore di evento.

180 Non ci si riferisce al dovere che si volesse ritenere immanente a questi elementi, quali un eventuale dovere di conoscenza della legge penale, o un eventuale dovere insito nella fattispecie circostanziata: trattasi infatti di doveri “secondari”, che presuppongono logicamente altro illecito già completo e autonomamente funzionante, rispettivamente, quello oggetto di conoscibilità nell'art. 5 c.p., e la fattispecie base nelle circostanze. Per l'impostazione del problema della conoscenza della legge penale come dovere autonomo od onere cfr: D. PULITANÒ, *L'errore*, cit., 40 ss.

181 Qualifica il criterio di imputazione delle circostanze, peraltro, in prospettiva contraria a quella qui sostenuta, unitamente a quello proprio dell'evento *in re illicita*, quale responsabilità anomala: M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Torino, 2006, 240-241 in quanto riguarderebbero un fatto che non è interamente oggetto di dolo o colpa quali criteri ordinari di imputazione.

L'evento cagionato *in re illicita* è portatore di un disvalore autonomo rispetto a quello afferente alla fattispecie dolosa base, predisposta a tutela di altri valori.

Per costruire anche *in re illicita* una responsabilità autenticamente colposa occorre dunque, prima di tutto, enucleare il fatto tipico colposo che segni l'area dell'illecito.

Non pare sufficiente, invece, affrontare l'argomento sotto il profilo della mera prevedibilità in concreto dell'evento, in quanto così operando si risolve soltanto l'aspetto del "potere" soggettivo ma non ancora quello del "dovere"¹⁸².

Mantenendo il discorso soltanto sul potere soggettivo si giunge ad una disarticolazione tra disvalore di azione (ancorato al dovere dell'illecito doloso base) e disvalore di evento (parametrato al risultato diverso, non voluto). Disarticolazione vietata quanto meno dai principi costituzionali inerenti al "fatto di reato", nel caso si attribuisca alla colpevolezza il ruolo di mero limite garantistico, ed altresì dallo stesso principio di colpevolezza, ove questa venga intesa, più plausibilmente, anche come fondamento della pena. Il rimprovero per il cattivo uso del potere, senza una previa valorizzazione del fatto tipico, si caratterizzerebbe in senso più etico-sociale che giuridico¹⁸³.

Per chiarire: quando, a fronte di un evento non voluto *in re illicita*, si richiede all'interprete di costruire una responsabilità autenticamente colposa, bisogna pretendere l'enucleazione di un fatto tipico colposo che identifichi l'area dell'illecito e di una colpevolezza colposa che consenta di imputare quel fatto al soggetto. Per affermare, quindi, che rispetto ad un evento cagionato quale conseguenza non voluta di altra condotta penalmente rilevante, la responsabilità *in re illicita* è identica a quella contrassegnata dalla generale fattispecie colposa occorre, ancor prima di vagliare la colpevolezza, identificare il fatto illecito tipizzato dal reato colposo e verificarne l'*equivalenza funzionale in re illicita*.

Ed allora, se si nega la possibilità di ambientare un illecito colposo *in re illicita*, o si

182 Sull'importanza decisiva della tipicità del reato colposo vedi F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss.; Ritiene invece sufficiente, per rispettare il principio di colpevolezza *in re illicita*, ragionare in termini di prevedibilità in concreto, nell'ambito della teoria da rischio totalmente illecito, A. CARMONA, *La "colpa in concreto"*, cit., 4596

183 A conclusioni (solo apparentemente) diverse si può giungere ove, e nei limiti in cui, si apprezzi che un determinato illecito base contenga, contemporaneamente, un illecito doloso verso un evento e colposo verso altro evento, il che tuttavia, dovendosi transitare dall'accertamento di un vero e proprio illecito colposo, seppur contenuto insieme a quello doloso, rimane in linea con quanto qui sostenuto.

ricorre alla costruzione di un illecito dedicato alle attività vietate - e trattasi della teoria da rischio totalmente illecito – o, se si riconosce rilevanza al solo potere soggettivo e si pretermette il dovere, si rischia di identificare un dominio sul fatto non “supportato” da uno speculare dovere penalisticamente rilevante.

Nelle ipotesi di *versari in re illicita*, è sì presente un illecito base doloso, ma esso non è adeguato a fungere da riferimento obiettivo/normativo di quel rimprovero di colpevolezza cui corrisponde l'elevato carico sanzionatorio e che si riferisce al mancato utilizzo del potere, da parte del soggetto agente, di “prevenire” il risultato ulteriore. Altrimenti opinando, si prescinderebbe dall'offensività del fatto quale sintesi tra disvalore di azione e disvalore di evento, attesa le discrasia tra dovere (illecito del reato base) e potere (parametrato all'evento diverso) che porterebbe ad un rimprovero, nei termini già spiegati, etico-sociale e non giuridico.

Si consideri questo esempio. Tizio, guardia carceraria, è incaricato di trasferire un soggetto detenuto dal carcere di Milano a quello di Napoli. Nel lungo tragitto, effettuato con un mezzo di servizio, decide di deviare e fermarsi a Pisa, per un veloce saluto alla fidanzata, che qui abita. Ammettendo che la condotta tenuta dalla guardia carceraria integri, con riferimento all'utilizzo personale del mezzo di servizio, peculato d'uso ed assumendo che il soggetto arrestato approfitti della deviazione dal percorso stabilito per fuggire, ci si interroghi sulla natura della responsabilità per la procurata evasione ex art. 387 c.p. Inquadrando la fattispecie nell'*aberratio delicti* plurilesiva, fintanto che si identifichi la colpa *in re illicita* in termini di prevedibilità in concreto dell'evento, si accerta soltanto il “potere” del soggetto, ma non si assegna rilevanza al dovere penalisticamente imposto dalla fattispecie colposa ex art. 387 c.p. e ad eventuali suoi mutamenti in virtù della condotta base illecita.

Rimane così aperto, e meglio identificato, il problema centrale della colpa *in re illicita*: *enucleare il “dovere” che asssegni rilevanza giuridico-penale al potere di evitare l'evento.*

Passando dal principio di colpevolezza, si torna insomma a quello che è il reale nodo gordiano della colpa in attività illecita: non la *colpevolezza* colposa (i cui attriti sono i medesimi già ampiamente discussi dalla dottrina a proposito della colpa *in re licita*) ma, ancor prima, la ricostruzione dell'*illecito colposo* in senso stretto. Peraltro, nulla

esclude che, in pratica, vi possa essere convergenza di soluzioni rispetto alle varie tesi della prevedibilità in concreto o che, ove si accertasse definitivamente l'impossibilità logico-normativa di implementare un modello strutturalmente colposo, la responsabilità da prevedibilità concreta rimanga comunque soluzione preferibile rispetto a quelle incentrate su nessi di imputazione puramente oggettivi. Ma queste sono conclusioni che presuppongono un approfondimento del modello di identificazione dell'illecito colposo *in re illicita*.

CAPITOLO III

DOGMATICA DEL RISCHIO CONSENTITO E STRUTTURA DELLA COLPA

1. PREMESSE SISTEMATICHE IN MATERIA DI COLPA.

Abbiamo evidenziato come l'alternativa tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa non riguardi soltanto il momento della colpevolezza ma si manifesti, ancor prima, in sede di costruzione dell'illecito. Dovremo pertanto, adesso, approfondire le caratteristiche della tipicità colposa.

Nella scomposizione del reato in illecito (tipicità e anti giuridicità) e colpevolezza, la posizione sistematica della colpa, con particolare riferimento alla diligenza, è alquanto controversa¹⁸⁴, anche se risulta ormai prevalentemente ammesso come la colpa configuri un modello autonomo di reato dotato di specifica tipicità¹⁸⁵.

Il punto merita una breve premessa.

L'impostazione tradizionale concepisce la colpa soltanto quale forma di colpevolezza alternativa al dolo¹⁸⁶. Il fatto tipico e anti giuridico, inteso come elemento oggettivo del reato, è unitario, indipendente rispetto all'atteggiamento psicologico del reo e pertanto comune a dolo e colpa. Le qualifiche di negligenza proprie dell'elemento soggettivo colposo, benché ormai apprezzate nel loro significato normativo e non effettivamente psichico¹⁸⁷, rimangono afferenti alla colpevolezza con la funzione di attestare, rispetto a colui che non volle il fatto, la possibilità di agire diversamente. Così, ad esempio, l'omicidio colposo e l'omicidio doloso non si differenzerebbero per il precetto - il divieto di cagionare la morte di un uomo - ma soltanto per la colpevolezza: l'attore in dolo è rimproverabile per essersi rappresentato ed aver voluto l'evento morte; l'attore in colpa è rimproverabile perché, pur non avendo

184 Si rimanda ai rilievi di F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 14-15, 133-161 e bibliografia ivi citata.

185 per questa affermazione, specificando tuttavia come le differenze enucleate dalla dottrina, tra fatto colposo e fatto doloso, sarebbero più apparenti che reali: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 335; Cfr. anche A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 4 ss.

186 Si veda F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, edizione XVI, Torino, 2003, 366 ss.

187 Sui tentativi, e i fallimenti, di costruire la colpa alla stregua di un elemento fattuale psichico G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 23 ss.

voluto la morte, poteva evitarla tenendo un comportamento alternativo diligente¹⁸⁸.

Questa ricostruzione, che risale al modello classico di reato incentrato sulla causalità naturale e sul corrispondente concetto di azione, è stata sottoposta a revisione sulla spinta di rivolgimenti interni alla dogmatica tedesca sollecitati dalla teoria dell'azione finalistica¹⁸⁹.

Secondo il finalismo esisterebbero strutture ontologiche che si impongono al diritto, tra le quali il concetto di azione umana, caratterizzata per essere necessariamente orientata ad uno scopo. In tal modo il contenuto psichico del dolo veniva anticipato a requisito del fatto ed in particolare della condotta.

Non interessa qui dettagliare le critiche mosse alla teoria finalistica, tra cui spiccano quelle riferite a inaccettabili premesse di natura filosofica¹⁹⁰ ed alle difficoltà di enucleare l'azione colposa, per definizione non orientata all'evento e quindi ricondotta, infine, ad una finalità solo potenziale¹⁹¹. Interessa invece segnalare come proprio l'anticipazione del dolo nel fatto tipico abbia aperto la strada ad una speculare operazione rispetto alla colpa e, quindi, ad una costruzione separata del fatto colposo da quello doloso¹⁹².

L'elemento normativo della colpa, in prima approssimazione il “dovere di diligenza”, attratto nel fatto tipico, assume la funzione di identificare la condotta colposa e quindi l'illecito. L'omicidio colposo non vieterebbe di cagionare *tout court* la morte altrui, ma soltanto di provocarla in violazione di regole di diligenza.

Naturalmente, una colpa oggettivizzata, orientata al dovere (*Sollen*), nulla dice in ordine alla capacità del soggetto di uniformarsi al precetto; il discorso sul potere

188 Espressamente ancora oggi per la colpa come mera forma di colpevolezza: G. DE FRANCESCO, *Diritto Penale*, cit. 428 ss.

189 Sul finalismo vedi G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2003, 363, ora in G. Marinucci, *La colpa – studi*, Milano, 2013, 401 ss.; M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi Urbinati*, 1948-1949, 213 ss. Recentemente cfr. L. CORNACCHIA, *Ein unausrottbare Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in M. PAWLIK – L. CORNACCHIA (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale – Fondamenti filosofici sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, Napoli, 2015, 261 ss.

190 Cfr. G. MARINUCCI, *Finalismo*, cit., 401 ss.; M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951-1952, 170 ss.

191 G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 71 ss.;

192 Sull'importanza del contributo dell'azione finalistica teorizzata da Welzel sempre MARINUCCI G., *Colpa*, cit., 59 ss. Nello specifico sul ruolo della teoria finalistica rispetto alla costruzione separata delle fattispecie colpose rispetto a quelle dolose v. M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica"*, cit., 213 ss.

individuale (*Können*), quale essenza della rimproverabilità, con la funzione di imputare la violazione della diligenza, rimane quindi un aspetto della colpevolezza¹⁹³. Attorno a questa dicotomia si diffonde la teoria della c.d. doppia misura della colpa sempre più accolta anche dalla dottrina italiana¹⁹⁴: una misura oggettiva nel fatto tipico, corrispondente al dovere, ed una misura soggettiva nella colpevolezza, a segnalare il potere personale.

Oltralpe si sono addirittura manifestate teorie dogmatiche che collocano tutta la colpa nel fatto tipico, intorno alla costruzione di un illecito personale già individualizzato sulle capacità del concreto soggetto agente¹⁹⁵.

La trasfusione nella condotta tipica dei c.d. “elementi psicologici” del reato assolve ad una esigenza sempre più fondamentale: limitare l'incidenza onnivora, nella sua capacità di regresso all'infinito, della causalità naturale¹⁹⁶.

Non è sufficiente l'efficienza eziologica a denotare una condotta come penalmente tipica, ma è innanzitutto necessario o il dato psichico rappresentativo e volitivo dell'evento o, per lo meno, la contrarietà a diligenza. Di per sé, questi due requisiti possono assolvere ad una funzione delimitativa anche in seno alla colpevolezza, e peraltro la stessa nozione di causalità può conoscere – e ha conosciuto – interpretazioni restrittive che ne ancorano la rilevanza a canoni di adeguatezza¹⁹⁷. Tuttavia la caratterizzazione dell'attuale società palesa l'insufficienza di un limite alla responsabilità penale costruito in sede di colpevolezza, intorno al potere soggettivo compendiato negli elementi della previsione e volontà (dolo) o della prevedibilità-evitabilità (colpa), o ancora in sede di adeguatezza causale¹⁹⁸.

193 Cfr. A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva*, cit. 8.

194 Si riferisce al “processo di normativizzazione della colpa e di autonomizzazione dell'illecito” colposo come “*dominio comune della cultura penalistica contemporanea*” D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 27.

195 Su questi orientamenti si rinvia a F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 155 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 441 ss.

196 Peraltro si segnala anche come, il trasferimento di alcuni contenuti della colpa nel momento oggettivo, permetta di esaltare la stessa colpevolezza, quale luogo dogmatico ove valutare il fatto secondo parametri davvero personali; su queste notazioni vedi *Ibidem*, 159-160; A. CANEPA, *L'imputazione*, cit., 67-68.

197 Per un sunto sulle teorie della causalità adeguata ed umana vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 142 ss; vedi anche C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011, 166 ss.

198 Sull'origine storica dell'idea di adeguatezza, sorta in Germania a proposito dei delitti qualificati dall'esito allo scopo di limitare la rilevanza del nesso causale e, successivamente, estesa all'intero sistema penale si veda, nella nostra dottrina: E. DOLCINI, *L'imputazione*, cit., 779 ss.

Invero l'odierna società si caratterizza, per quel che qui rileva, almeno sotto tre profili: approfondimento tecnico-scientifico, con continua scoperta di nuovi nessi eziologici; settorializzazione delle conoscenze specialistiche ma al contempo loro volgarizzazione approssimativa; presa d'atto che, nella c.d. società del rischio¹⁹⁹, niente è certo, la sicurezza è utopia, l'esistenza è di per sé pericolosa²⁰⁰.

Se, dunque, tutto può essere adeguato rispetto ai più disparati danni sociali²⁰¹, e questi ultimi si atteggiavano a conseguenze prevedibili di condotte anche “lontane”, la rimodulazione del nesso di causalità o la valorizzazione della colpevolezza non appaiono più in grado di delimitare la responsabilità penale.

L'uomo “può” sempre esprimere, con riferimento ad ogni condotta, un giudizio predittivo infausto; occorre quindi che la rilevanza penalistica di questo “potere” sia limitato da una pre-selezione delle serie causali di competenza di quella singola persona, le uniche di cui egli deve curarsi²⁰².

E' innanzitutto il concetto di prevedibilità-evitabilità che deve rimodularsi in modo coerente con l'esistenza di un rischio immanente nella vita quotidiana che, in quanto connaturato all'esistenza umana, non può essere criminalizzato²⁰³. Occorre quindi implementare *doveri* e *divieti* che fondano e circoscrivono la rilevanza del potere individuale. Trattandosi di configurare *doveri* e *divieti oggettivi* il mezzo è il concetto

199 Espressione ormai di uso comune, coniata da U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

200 Sul rischio connaturato all'agire umano, vedi già G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, XII ed., Padova, 1986, 525.

201 Cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 89 ss. e in particolare nota 89 per l'indicazione bibliografica di autori che affrontano, sotto il profilo filosofico e sociologico, il rischio e l'incertezza che caratterizza la società moderna.

202 In parte la prospettiva differisce, quindi, dalla diversa esigenza di anticipare la colpa nel fatto tipico per preparare una corretta imputazione in sede di colpevolezza e garantire così che esista un effettivo potere. Questo potere deve ancor prima essere circoscritto e selezionato in sede di illecito.

203 L'impostazione si interseca soltanto con il problema del principio di precauzione. Non si tratta di regolamentare talune attività umane contrassegnate da oggettiva incertezza scientifica, bensì il rapporto tra possibilità di conoscere l'effettiva esistenza di un rischio e doverosità, in capo al singolo soggetto, della sua effettiva acquisizione conoscitiva e del suo conseguente contenimento. Sulla differenza tra prevenzione e precauzione, ove l'incertezza insita nella prima dipende da una “limitatezza cognitiva di ordine fattuale”, mentre nella seconda l'incertezza è connessa alla incompletezza dei dati di natura “nomologica” allo stato disponibili” vedi D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale – Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, in “*I Libri*” di *Archivio Penale*, Roma, 2012, 27. Sempre sul principio di precauzione vedi recentemente: E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale – studi sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013. Sulla incompatibilità radicale tra precauzione e responsabilità per colpa F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 241 ss.

normativo di diligenza e la sede dogmatica è il fatto tipico al livello della condotta. Specularmente, e per le medesime considerazioni, anche rappresentazione e volontà non appaiono più in grado di separare l'autentico dolo, di chi effettivamente *cagiona* la morte di un uomo, dalla mera speranza o malvagità che alberga in colui che si pone coscientemente quale antecedente causale di un rischio tuttavia ubiquitario. Se, per i fatti colposi, la ricerca di limiti normativi all'imputazione dell'evento può avvenire all'interno della medesima colpa, attesa la natura normativa di quest'ultima, con riguardo ai fatti dolosi, di natura essenzialmente psichico-fattuale, la delimitazione normativa deve avvenire in altro luogo pur sempre oggettivo. Sembrano rispondere in parte anche a quest'esigenza le teorie sull'imputazione oggettiva dell'evento, le quali, pur nella loro diversità interna, ruotano intorno all'idea che può considerarsi evento penalmente rilevante soltanto quello nel quale si realizza un rischio disapprovato dall'ordinamento. Al di fuori di questo nesso di rischio non vi può essere né colpa né dolo²⁰⁴.

204 L' esigenza di non assoggettare a responsabilità penale la causazione di un evento per effetto di un rischio socialmente accettato si manifesta, *mutatis mutandis*, anche in relazione a fatti connotati da volontarietà dell'evento. Si afferma che il dolo deve essere distinto dal semplice desiderio che accada l'evento, laddove il primo si deve riconnettere ad una situazione di concreto aumento del rischio dell'evento, rispetto a quello c.d. consentito dall'ordinamento. Rappresentazione, volontà e nesso causale non appaiono sufficienti ad integrare la tipicità penale quando il risultato rappresenta un rischio tollerato dall'ordinamento. Deve essere punito il "cagionare" dolosamente l'evento e non un mero stato d'animo di avversione rispetto al bene protetto. Tematiche queste approfondite dalla c.d. teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, che propugna, appunto, una approfondita analisi del nesso di rischio tra condotta ed evento in sede di illecito, scevro da considerazioni inerenti alla volontà criminale del soggetto. Gli esempi classici, portati a sostegno della teoria, quali quello del nipote che, per uccidere il ricco zio, ne organizza gite nel bosco in giornate temporalesche, o temerari viaggi aerei, si sono oggi arricchiti con riferimenti al settore economico, attinenti, ad esempio al rischio penale nei fatti di bancarotta: cfr. M. DONINI, (voce) *Imputazione oggettiva*, cit., 697 ss. Dalla dicotomia rischio consentito – rischio non consentito origina la nota teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, secondo la quale, sempre in termini sintetici, possono essere imputati al soggetto agente soltanto quelle conseguenze che costituiscono concretizzazione di un rischio vietato dall'ordinamento e non, invece, ogni conseguenza prevedibile della propria azione. Trattasi di una spiegazione dell'illecito penale per la quale, prima del fatto tipico doloso o colposo, esiste un nucleo di rischio illecito comune a tutte le forme di reato colpevole. Questo rischio dell'attività base, attenendo al momento oggettivo del reato, deve accertarsi in modo non ancora soggettivo, tramite il parametro della miglior scienza ed esperienza (c.d. rischio illecito generale), rispetto al quale la liceità o illiceità deriva da una valutazione complessiva dell'ordinamento giuridico operata *ex ante* al momento della condotta, proprio al fine di tracciare ed assicurare spazi di libertà al soggetto. Il rischio generale consentito viene quindi limitato, nell'ambito del fatto tipico colposo, da regole cautelari che segnano il c.d. rischio colposo, differenziato da quello generale perché già soggettivizzato tramite la rilevanza di una prevedibilità parametrata non più alla miglior scienza ed esperienza, ma all'agente modello di riferimento, di guisa che, in caso di pluralità di agenti modello per lo svolgimento della medesima attività, rispetto a taluni di loro non sarà imputabile l'intero rischio iniziale, ma solo quello prevedibile ed evitabile secondo lo specifico parametro-modello. La teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento,

L'idea di fondo delle teorie sull'imputazione oggettiva dell'evento, basandosi sulla distinzione tra rischio lecito e rischio illecito da compiersi nell'illecito e separatamente rispetto al nesso di causalità materiale, rimane di per sé logicamente compatibile anche con una costruzione unitaria del fatto doloso e colposo²⁰⁵. Tant'è vero che, secondo talune opinioni, che invece riconoscono alla misura oggettiva della colpa una valenza generale, estesa al fatto doloso, riassunta nella nota formula del “*non c'è dolo senza colpa*”, la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento costituirebbe una inutile duplicazione di ordinari criteri già utilizzati nell'ambito della teoria della colpa²⁰⁶.

Tanto premesso, nell'economia della presente trattazione preferiamo seguire l'impostazione della doppia misura della colpa: si potrà in tal modo subito focalizzare l'attenzione sull'illecito colposo, evitando di doverci interrogare su di un eventuale nucleo di illecito comune preesistente a dolo e colpa. Opportuni spunti per modulare la stessa misura oggettiva della colpa dovranno essere comunque presi da quelle teorie di più ampio respiro che, nel costruire il sistema penalistico di tutela dei beni giuridici intorno ai concetti di rischio/pericolo e danno, si preoccupano di delimitare la rilevanza del rischio per garantire una responsabilità penale che sia

accertato che la condotta *ex ante* consiste nella creazione di un rischio non consentito, predica una verifica *ex post* della effettiva realizzazione del rischio nell'evento cagionato. Ne deriva, da un lato, un arricchimento del criterio del nesso causale, non più ritenuto sufficiente ad imputare il fatto all'autore già sotto il profilo oggettivo, dall'altro e contestualmente una limitazione dell'incidenza penalistica della prevedibilità dell'evento. Per questa ricostruzione, in particolare, si rimanda a ID, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, Parte I, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 ss; e ID, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, Parte II, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1114 ss.; ed in seguito ancora ID, *Imputazione oggettiva dell'evento - Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.

205 L'anticipazione della colpa, nel suo contenuto oggettivo, all'interno del fatto tipico, non rappresenta quindi un passaggio necessario per enucleare un illecito penale secondo canoni più stringenti rispetto alla mera prevedibilità ed adeguatezza.

206 G.MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 329 ss. il quale, in aperta critica con la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, sottolinea la necessità di restituire dolo e colpa alla colpevolezza intorno al contenuto comune della violazione della diligenza; nella ricostruzione del fatto tipico, sostiene una differenza tra quello colposo e quello doloso nell'ottica funzionale a garantire una effettiva individualizzazione nel giudizio di colpevolezza. Rigetta l'idea della violazione della diligenza come elemento comune anche all'illecito doloso, in quanto mancherebbe, in quella sede, la funzione descrittiva della condotta ed individualizzante della responsabilità, ed inoltre non sarebbe scontato che taluni criteri di limitazione dell'attribuibilità dell'evento, quali l'aumento del rischio e la rilevanza dei decorsi causali alternativi ipotetici, non debbano essere, per volontà del diritto positivo, circoscritti alla sola illiceità colposa. F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 363, ove afferma che la nozione di violazione della diligenza che parte della dottrina ritiene comune al dolo, si qualificerebbe come un che di diverso da quella afferente alla tipicità del delitto colposo, più vicino all'idea dell'adeguatezza; L'Autore non rigetta comunque la necessità di normativizzare anche il dolo.

autenticamente “per fatto proprio”²⁰⁷.

2. LA TEORIA DEL RISCHIO CONSENTITO QUALE PARADIGMA ESPLICATIVO DELL'ILLECITO COLPOSO.

All'interno della costruzione teorica della colpa – ma anche nell'ambito delle teorie sull'imputazione oggettiva dell'evento - la ricerca di un limite al ruolo della prevedibilità si muove, espressamente o implicitamente, intorno alla dualità rischio consentito / rischio non consentito²⁰⁸.

Secondo alcune impostazioni il rischio consentito avrebbe appunto la precisa funzione di limitare le prerogative classicamente assegnate alla prevedibilità dell'evento²⁰⁹, secondo altre impostazioni ad esso andrebbe invece riconosciuto soltanto una “*ruolo formale con funzione sistematica*”, finalizzato a far emergere la struttura comune di una pluralità di istituti penalistici, al cui interno andrebbero rinvenute le ragioni sostanziali della liceità penale del risultato infausto²¹⁰.

Il rischio consentito nasce dall'osservazione che l'ordinamento autorizza l'esercizio di attività pericolose ma socialmente utili, quali ad esempio la circolazione stradale, l'industria, l'attività medica, quella sportiva violenta, la sperimentazione scientifica. Verrebbero così permesse condotte intrinsecamente pericolose ove l'accadimento infausto sarebbe sempre prevedibile perché connaturato all'attività.

207 In particolare, M. DONINI, *Imputazione*, cit. 19 ss.; ID, (voce) *Imputazione oggettiva*, cit., 638 ss.; sotto una prospettiva diversa dall'imputazione oggettiva dell'evento si veda: L. CORNACCHIA *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 13 ss.

208 Sul rischio consentito, nell'ottica della colpa, nella nostra dottrina cfr.: G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 456 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 27; F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 185. Sotto il profilo del principio dell'affidamento vedi M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 67 ss. Sul rischio consentito nella prospettiva della teoria del rischio e dell'imputazione oggettiva dell'evento vedi: V. MILITELLO, *Rischio*, cit., 35 ss.; A. PAGLIARO, *Diritto penale*, cit. 299 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I*, Trad. spagnolo: *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Madrid, 2006, 345 ss.; ID, *La problema de la imputacion objetiva*, in *Cuadernos de politica criminal*, 1989, 749 ss.; M. DONINI, *Imputazione*, cit., 47 ss.; ID, (voce) *Imputazione oggettiva*, cit., 642 ss.; C. LONGOBARDO, *Causalità*, cit., 280 ss.; A. CASTALDO, *La struttura*, cit., 1032 ss.; ID, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881 ss. Per i rapporti tra rischio consentito e colpa nella dottrina tedesca indicazioni in A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva*, cit., 23-34 in particolare nota 5; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 6 ss. Afferma di non ricorrere al rischio consentito per la costruzione della colpa invece G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 526.

209 Così ad esempio M. GALLO, *Appunti diritto penale*, cit., 157.

210 Così quasi letteralmente C. PERINI, *Il concetto*, cit., 12, la quale richiama M. Maiwald. Si rinvia al medesimo testo anche per una panoramica dettagliata sui vari concetti di rischio consentito.

Ne derivano due corollari: alla costante prevedibilità dell'evento non può seguire un dovere di astensione, altrimenti l'ordinamento entrerebbe in evidente contraddizione con sé stesso; nella possibilità di astensione non può essere ricercato quel giudizio di evitabilità dell'evento necessario ad affermare la responsabilità penale.

Il soggetto, in presenza di siffatta attività consentita, sarebbe quindi legittimato ad agire nonostante la concreta prevedibilità dell'evento e, non essendo concepibile una pretesa di astensione, destinatario di regole cautelari caratterizzate, da un lato, per contenere il rischio entro un limite di accettabilità sociale e, dall'altro, per non intaccare il contenuto essenziale della stessa attività lecita. Salva sempre una espansione del dovere di astensione quando, in concreto, il rischio diventi intollerabile²¹¹.

Secondo l'idea “costitutiva” del rischio consentito, la regola di diligenza si presenta meno efficiente rispetto alla tutela del bene giuridico perché una quota di rischio è consentita dall'ordinamento; secondo l'idea “descrittiva” del concetto di *erlabutes Risiko* questo rappresenta il giudizio finale, la presa d'atto che altrove la formazione della regola di diligenza deroga all'ordinaria prevedibilità – evitabilità dell'evento, legittimando taluni rischi.

Con riguardo alle attività intrinsecamente pericolose, ove le regole cautelari lasciano residuare una quota di rischio rispetto all'offesa di beni giuridici tutelati, si parla di rischio consentito in senso stretto²¹². Il rischio consentito viene adottato dalla dottrina anche in una accezione c.d. ampia, con riferimento alle attività “pericolose” che vengono permesse in quanto siano in concreto adottabili cautele idonee ad *eliminare* il rischio²¹³.

La distinzione tra rischio consentito in senso ampio ed in senso stretto, fondata sulla capacità della regola cautelare di eliminare o soltanto ridurre il rischio, rimanda all'idea, rispettivamente, di regola cautelare propria – che avrebbe efficacia prossima alla certezza impeditiva – e regola cautelare impropria – che lascia margini più ampi di possibilità dell'evento²¹⁴.

211 Trattasi di affermazioni comuni, si rimanda alla bibliografia generale sul rischio consentito.

212 Per questa distinzione in particolare G. FORTI, *Colpa*, cit., 455.

213 *Ibidem*, per la distinzione tra rischio consentito in senso ampio e rischio consentito in senso stretto.

214 Per la distinzione tra regole cautelari proprie e regole cautelari improprie: P. VENEZIANI, *Regole*

Occorre in verità ribadire che, essendo il rischio connaturato ad ogni attività umana, ogni cautela si propone naturalisticamente impropria, in quanto incapace di eliminare un certo margine di possibilità dell'evento.

Dunque, ogni attività umana si caratterizza per un diverso grado di accettabilità sociale del rischio dell'evento e, quindi, per una diversa modulazione del grado di prevedibilità rilevante (o il che è lo stesso: dei nessi causali rilevanti) idoneo a far scattare il dovere precauzionale. Sotto questo profilo, si sostiene che il rischio consentito, quale giudizio di valore espresso da norme giuridiche che esplicitamente autorizzano l'attività, o che serbano silenzio richiamando così la valutazione sociale, non potrebbe limitare dall'esterno la regola di diligenza ma dovrebbe contribuire alla sua formazione indicando quale sia il grado di probabilità rilevante per il giudizio di prevedibilità (quale possibilità e doverosità della previsione). Questo grado andrebbe in particolare desunto dal bilanciamento tra l'utilità sociale dell'attività e il rango del bene tutelato²¹⁵.

L'utilizzo del concetto di rischio consentito per limitare l'incidenza della prevedibilità dell'evento è stato peraltro sottoposto a critiche. A parte il già visto orientamento per il quale questo concetto mancherebbe di autonomia, essendo meramente esplicativo di soluzioni da rinvenire nel dovere obiettivo di diligenza, nelle singole cause di giustificazione o nell'azione a proprio pericolo della vittima²¹⁶, si sottolineano ulteriori due profili di critica. La teoria in parola non si presenterebbe omogenea nel contenuto, né sarebbe chiaro il "luogo dogmatico" di pertinenza, se l'antigiuridicità, la tipicità, o la colpevolezza dell'agente; inoltre, per quanto concerne la capacità di fissare il confine tra rischio tollerabile e non tollerabile, l'indeterminatezza del bilanciamento tra utilità sociale e bene esposto, rimetterebbe in definitiva la valutazione al giudizio *ex post* del giudice²¹⁷.

cautelari "proprie" ed "improprie", Padova, 2003, 15 ss.

215 Per questa impostazione del problema del rischio consentito O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 379-385, la quale peraltro propone una stretta interdipendenza tra rischio consentito e colpa tale da attrarre altrove, e segnatamente nella c.d. responsabilità da rischio totalmente illecito, l'ascrizione dell'evento cagionato in presenza di un divieto assoluto di svolgere l'attività.

216 Per questa notazione vedi V. MILITELLO, *Rischio*, cit., 9 e autori ivi citati; e C. PERINI, *Il concetto*, cit., 13 ss.

217 In particolare, secondo F. GIUNTA, *Illiceità*, cit. 189, il vero punto critico della teoria del rischio consentito risiederebbe nella determinazione dei criteri in base ai quali svolgere il bilanciamento tra

Nonostante le predette ambiguità si riconosce che l'idea del rischio consentito, anche quando non espressamente utilizzata, rappresenta una costante del ragionamento giuridico in tema di colpa (e di imputazione oggettiva dell'evento)²¹⁸.

2.1 La necessità di una presa di distanza dal rischio consentito per la ricostruzione della illiceità colposa.

Ferme le insufficienze interne alla teoria del rischio consentito, delle quali abbiamo appena dato atto, vi sono altre ragioni che impediscono, a nostro avviso, di assumere l'*erlaubtes Risiko* a fondamento dell'illecito colposo.

Qui il discorso va sviluppato proprio nell'ottica della colpa in attività illecita. L'attività penalmente illecita è per definizione ripudiata dall'ordinamento così, secondo la teoria del rischio consentito, in quella sede non sarebbe lecito esporre i beni giuridici ad alcun rischio ed il dovere cautelare potrebbe ben radicarsi, quando ciò sia imposto dalla prevedibilità oggettiva, nell'astensione dall'attività base. Conseguentemente, l'evitabilità sarebbe già insita nella possibilità di non commettere il fatto doloso base. Il rimprovero soggettivo, che nella *culpa in re licita* presuppone la violazione di una vera e propria regola cautelare, inconcepibile *in re illicita*, sarebbe quindi insito nella mera prevedibilità in concreto dell'evento, che fa corpo con la sua evitabilità²¹⁹.

Con riguardo alla attività umana generica, non portatrice di un pericolo qualificato (c.d. rischio consentito in senso ampio) non è accoglibile la giustificazione politico-criminale posta alla base della liceità del rischio ed identificata, in modo tratlazio, nel bilanciamento tra rischio e utilità sociale²²⁰.

Il nostro ordinamento costituzionale, invero, garantisce e tutela la libertà individuale

gli interessi in gioco. Cfr. *Ibidem*, 190 in merito al fatto che il vero nodo problematico del rischio consentito non risiederebbe tanto nella determinazione dei criteri, ma in "chi" debba utilizzarli e qui, nelle attività non regolate dall'autorità amministrativa, investito del delicato compito di effettuare il bilanciamento resta il giudice, con conseguente indeterminatezza *ex ante* del confine tra lecito ed illecito. Sempre per talune critiche rispetto al rischio consentito G. MARINUCCI, *Colpa*, cit., 206 ss.

218 Sul rischio consentito come *leitmotiv* vedi sempre C. PERINI, *Il concetto*, cit., 522 ss.

219 Si veda le tesi sul rischio totalmente illecito; cfr. anche O. DI GIOVINE, *il contributo*, cit., 379-380.

220 Che il fondamento del rischio consentito risieda in un bilanciamento tra utilità sociale dell'attività e pericolo per il bene giuridico è altra affermazione costante, per la quale si rinvia a agli autori già citati.

in quanto tale e non soltanto quando indirizzata a scopi di utilità sociale²²¹. Se ogni attività umana è per natura rischiosa, non si può pretendere di giustificare questo rischio esclusivamente in forza dell'utilità sociale, senza al contempo strumentalizzare *tout court* la stessa libertà individuale.

Il rischio connaturato all'esistenza – altro è poi capirne il grado – deve rimanere comunque penalmente “consentito” quale preconditione per l'esercizio della libertà individuale²²².

L'illecito doloso, vietando, tramite il requisito della effettiva rappresentazione e volontà, che la libertà venga direzionata verso eventi tipici, è per natura connaturato ad una tutela frammentaria ed offre “precisa” demarcazione tra diritto e delitto.

Assegnare al bilanciamento con l'utilità sociale il compito di limitare il rischio penalmente tipico significherebbe, invece, ammettere che la norma penale colposa possa criminalizzare - dando rilievo, in assenza utilità sociale, anche a quel rischio non qualificato connaturale all'esistenza umana - l'atto di libertà direzionato verso scopi socialmente riprovati o negletti (ancorché penalmente atipici), quando da quel rischio derivi effettivamente un evento infausto.

L'illecito colposo diverrebbe il grimaldello per inserire nel nostro ordinamento una inammissibile concezione sostanziale del reato (il comportamento antisociale)²²³, sottoposto alla condizione di punibilità del verificarsi dell'evento colposamente tipico. Residuerrebbe una libertà condizionata alla sorte.

Il discorso merita una precisazione.

E' affermazione comune quella per la quale le attività generiche, afferenti al c.d. rischio consentito in senso lato, si caratterizzano per conoscere regole cautelari modali capaci di eliminare il rischio. Il rispetto della regola cautelare eliderebbe la stessa prevedibilità dell'evento facendo venir meno la tipicità della condotta (in questo senso il concetto di rischio consentito sarebbe un inutile riflesso del concetto

221 Per un riferimento al principio di libertà immanente nell'ordinamento quale possibile fondamento delle attività lecite perché non vietate vedi F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 211. In modo più incisivo ID, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1999, 90.

222 Sottolinea il condizionamento tra prevedibilità, specie se apprezzata secondo la miglior scienza ed esperienza e deputata ad evitare l'evento e non semplicemente a contenerne il rischio, e libertà individuale F. GIUNTA, *I tormentanti rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 1999, 1295.

223 Sulla concezione formale e sostanziale del reato F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 18 ss.

di negligenza, limitandosi a ribadire che il comportamento negligente corrisponde ad un rischio non consentito)²²⁴.

Quale sarebbe, allora, quel rischio da tenere immune rispetto alla risposta penalistica, a tutela della libertà individuale ed a prescindere dal bilanciamento con utilità sociali?

Ora, nell'ottica della tutela di libertà di azione rileva la prevedibilità *ex ante*, precedente o al più contestuale all'atto umano, e non il giudizio complessivo di concretizzazione del rischio nell'evento.

Corollario di quanto sinora asserito ci sembra essere, innanzitutto, quello per il quale la regola di diligenza, se si vuole riconoscerle il compito di definire l'area del lecito e dell'illecito, non può essere costruita secondo il canone della miglior scienza ed esperienza (vedi oltre), in quanto ciò equivarrebbe a negare, in capo all'uomo normale, che non può raggiungere quei livelli di conoscenza e abilità, o in presenza di situazioni di fatto che rendano eccessivamente gravoso acquisire la “miglior scienza”, la possibilità di agire liberamente²²⁵.

Assunto quindi l'agente modello come parametro di costruzione della regola cautelare, vengono in rilievo specificamente due tipi di rischi.

In primo luogo, quello del fallimento *ex post* del comportamento prevenzionistico assunto dall'agente modello come dotato di efficacia impeditiva, concretamente attuato, ma nei fatti inefficace. Eventualità, questa, connaturale allo scarto esistente tra il pericolo oggettivo (ed eventualmente accertato *ex post*) ed un giudizio di prevedibilità ed evitabilità condotto alla stregua di conoscenze e capacità subottimali. Il rischio che nella realtà fattuale si annidino fattori eziologici non riconoscibili dall'agente modello, o che sopraggiungano alla condotta fattori eziologici ulteriori non considerabili, non può, a prescindere dal giudizio sociale sugli scopi del suo agire, essere accollato al soggetto attivo.

In secondo luogo, rileva il rischio che il soggetto non riesca ad adeguarsi, per causa non prevedibile da parte di un agente modello, alla cautela impeditiva correttamente pronosticata, di guisa che il nesso causale attivato con l'azione e giudicato come schermabile attraverso una successiva cautela, prosegue inaspettatamente verso

224 F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 190-191.

225 Cfr. anche *Ibidem*, 296 ss.

l'evento.

Prima ancora del richiamo al caso fortuito o la forza maggiore (concetti che, peraltro, si rivelano inefficienti rispetto all'esigenza di limitare l'incidenza della prevedibilità oggettiva, in quanto non deputati a segnalare l'area del dovere quale limite al potere) è lo stesso illecito colposo, quale momento che segna il limite della libertà, a dover essere costruito in modo conforme all'esigenza di bilanciare la tutela dei beni giuridici con quella, garantistica, di circoscrivere un contenuto essenziale di libertà individuale.

2.2. La posizione delle attività umane specialmente pericolose.

Il discorso muta, ma solo in parte, con riguardo alle attività specialmente pericolose e giuridicamente autorizzate, ove le regole cautelari (improprie) convivono con una viva prevedibilità dell'evento (c.d. rischio consentito in senso stretto)²²⁶.

Quando l'ordinamento consente un rischio particolarmente intenso, accresciuto rispetto a quel livello minimo funzionale a garantire la libertà individuale, può anche sostenersi che il pericolo qualificato trovi una legittimazione nel bilanciamento con l'utilità sociale allo svolgimento dell'attività senza, per questo, porsi in antitesi con quanto detto sopra a proposito del fondamento “basico” della illiceità colposa intorno al concetto di libertà.

Invero, a fronte di un pericolo accentuato, la libertà individuale normalmente recede rispetto all'esigenza di garantire la tutela dei fondamentali beni di terzi; ciò non esclude, tuttavia, sotto il profilo teorico, la possibilità che l'ordinamento, bilanciato il pericolo con l'utilità sociale, decida eccezionalmente di autorizzarla.

Ciò nonostante, permangono forti perplessità, su due fronti, che confermano l'impossibilità di ricorrere al criterio del bilanciamento tra rischio e utilità sociale per determinare il c.d. “rischio consentito” in sede penale.

La prima perplessità riguarda la *corretta identificazione* di quali siano quelle attività contrassegnate da un particolare pericolo per i beni giuridici protetti. Identificazione che, corrispondendo a tracciare un carattere di *specialità* di taluni contesti (in virtù della liceità di un maggior grado di prevedibilità dell'evento) rispetto alla generica

²²⁶ Essendo il rischio connaturato anche alle regole cautelari proprie, in riferimento alle regole cautelari improprie si deve più correttamente parlare di un rischio “accentuato”.

libertà umana, implica altresì determinare quale sia il grado *generale* di prevedibilità in presenza del quale la libertà deve cedere il passo all'astensione.

Con riguardo a taluni esempi portati dalla dottrina del rischio consentito, non pare invero sussistere quella costante e accentuata prevedibilità che dovrebbe spingere l'interprete ad inserire, nel giudizio di bilanciamento, elementi ulteriori rispetto al principio di libertà. Ci si riferisce alla circolazione stradale ed al trasporto aereo, ove la prevedibilità viene agganciata ad un mero discorso statistico in ordine alla frequenza dei sinistri²²⁷. Orbene, più che l'accentuato pericolo inteso quale probabilità dell'evento²²⁸, ciò che caratterizza queste attività è la *ridotta dominabilità individuale*, unitamente ai *potenziali effetti devastanti di un eventuale errore*. Tutte caratteristiche che inducono il legislatore, non tanto a legittimare un pericolo - che in concreto spesso, anche in caso di violazione delle regole cautelari, non raggiunge una soglia di rilevanza penale²²⁹ - ma ad *anticipare e dettagliare la tutela precauzionistica attraverso norme scritte dedicate*.

Attenzione, quindi, a voler assumere talune attività dettagliatamente regolamentate quali paradigma di attività specialmente pericolose, elevandole a modello speciale rispetto al rischio generico della vita. Così operando si rischia, appunto, di invertire i termini della questione e giungere erroneamente a ritenere che, nelle attività quotidiane, il grado rilevante di prevedibilità dell'evento debba assestarsi ad un livello inferiore rispetto alla prevedibilità insita nel mettersi al volante di un'automobile o condurre un aeroplano.

Con riguardo invece alle attività ove il pericolo dell'evento è ben concreto (attività medica/ talune attività sportive violente), il richiamo al bilanciamento con l'utilità sociale ci pare *insufficiente*. Almeno con riferimento alla tutela dei beni fine primari - vita e integrità fisica - il pericolo, invero, viene legittimato soltanto quando il soggetto titolare del bene esposto al rischio è messo in condizione di decidere

227 Al di là dell'ormai raggiunta alta sicurezza dei viaggi aerei, riguardo alla circolazione stradale viene semmai dimostrato l'alto coefficiente di colposità insito nel conducente medio.

228 Nel mettersi al volante o nel prendere un aereo nessuno si sognerebbe mai di vedere un atto idoneo ed univoco a provocare la morte e quindi, non integrando quell'atto in caso di dolo un tentativo, non si vede come potrebbe al contempo fondare, in assenza di utilità sociale, una illiceità penale colposa.

229 Affinché una condotta raggiunga una soglia di pericolo penalisticamente rilevante occorre pensarla come connotata da dolo e verificare se la sua attuazione possa o meno integrare un tentativo punibile.

consapevolmente se esporsi o meno al rischio. Giammai, invece, potrà legittimarsi, per la sua utilità sociale, un'attività assai pericolosa per la vita di terzi completamente estranei: la Costituzione non concepisce la strumentalizzazione dei beni-fine per la salvaguardia di beni-mezzo. Ci pare, insomma, che un rischio imminente sia ammesso soltanto quando, all'eventuale giudizio di positività dal punto di vista sociale, si aggiunga comunque una accettazione *consapevole* da parte del titolare del bene esposto al pericolo (di colui che pratica l'attività sportiva pericolosa; del paziente che si sottopone all'intervento chirurgico; dello spettatore che assiste ad una gara di rally in prossimità di una curva particolarmente pericolosa)²³⁰.

Quel grado di prevedibilità dell'evento idoneo a far recedere il diritto di libertà ci pare doversi attestare, in assenza di diversa disciplina positiva ed in via di approssimazione, *in linea con la tipicità penale dolosa, intorno al concetto di pericolo concreto*: è la prevedibilità dell'evento secondo un grado di pericolo – e non di mera possibilità generica - che deve indurre l'individuo a desistere dall'azione²³¹.

La seconda perplessità, peraltro già sufficiente a rigettare l'idea di utilizzare il rischio consentito per costruire l'illecito colposo anche ove si volesse continuare a ragionare in termini di bilanciamento tra rischio e utilità sociale, attiene alla circostanza che le attività “consentite” si caratterizzano per essere autorizzate, in ragione dell'utilità sociale, solo da un punto di vista astratto e spersonalizzato²³².

L'utilità sociale non viene mai valutata, a livello generale, in funzione dell'attività svolta dal concreto soggetto agente: i trasporti, ad esempio, rimangono consentiti sia che vengano diretti a scopi civili o commerciali, sia al mero interesse egoistico-individuale, e magari pure riprovevole, del concreto attore sociale.

Conferme del fatto che l'ordinamento legittima le attività consentite standardizzate a

230 Si pensi, ancora, ad una attività di sperimentazione scientifica che comporti particolari rischi per la salute. Il pericolo concreto per la salute potrà non ostacolare l'esercizio dell'attività fintanto che i soggetti esposti al pericolo non siano persone estranee all'esperimento. Anzi, le regole cautelari si determineranno proprio nel senso di prevenire le offese, quanto meno, rispetto a soggetti terzi (es. collocare il laboratorio in zona disabitata ed opportunamente segnalata).

231 Si intende la prevedibilità al netto delle eventuali cautele attuabili.

232 Il rischio consentito è categoria che si rivolge a “genere di comportamenti” e che quindi non contribuisce alla regolamentazione della colpa parametrata al fatto storico specifico. Per un espresso rigetto del rischio consentito nella costruzione della colpa F. BETTIOL – G. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 526, ove si richiama un concetto di “rischio consono” accertato sulle circostanze concrete e capacità individuali. Si segnala, tuttavia, che questi autori muovono da un concetto di colpa come mera forma di colpevolezza.

prescindere dalla direzione soggettivistica impressa alla specifica attività dal concreto soggetto agente si trovano nell'ambito dell'attività dolosa. La dottrina ha messo in luce, nell'ambito della teoria dell'imputazione oggettiva²³³ ma anche partendo da impostazioni teoriche classiche come, ove il rischio sia consentito per l'utilità sociale dell'attività esercitata, a nulla rileva lo scopo pur “delittuoso” che anima l'agente quand'anche egli agisca proprio nella speranza di cagionare quell'evento che rientra nell'alveo del rischio tollerato²³⁴. Insomma, il chirurgo che opera non risponde di omicidio volontario – ma neanche colposo – se cagiona, sperandola e volendola, la morte del paziente in esito a operazione tuttavia compiuta secondo le *leges artis* mediche. Specularmente non rileva il perché venga effettuato un trasporto aereo, se per attività ludica o per esportare sostanza stupefacente, fintantoché l'eventuale disastro non segua alla violazione delle regole cautelari proprie della navigazione aerea.

In breve, il giudizio di adeguatezza sociale, insito nel concetto di rischio consentito, viene espresso con riferimento alle modalità esterne dell'azione, intesa quest'ultima come *tipologia sociale di comportamento*, e non agli scopi perseguiti dal concreto soggetto agente.

Concludendo, dopo aver depurato l'illecito colposo dalle fuorvianti considerazioni riguardanti l'utilità sociale dell'attività ed aver evidenziato come il discrimine tra rischio lecito e rischio illecito si debba fondare, innanzitutto, sulla necessità di garantire la libertà individuale, è possibile procedere, in modo coerente con questa premessa, all'analisi della struttura dell'illecito colposo.

Chiarito che il disvalore dell'illecito colposo non può risiedere negli scopi che animano il soggetto agente, ma soltanto in questioni attinenti al rapporto di rischio tra condotta ed evento, si potrà in seguito verificare la relazione tra disvalore della colpa e attività base *in re illicita*, senza rimanere influenzati dall'antinomia esistente tra condotta vietata ed utilità sociale della medesima (irrilevante ai fini della colpa).

233 M. DONINI, (voce) *Imputazione oggettiva*, cit., 638 ss.

234 G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 355 ss.

3. LA STRUTTURA DELL'ILLECITO COLPOSO. IL DISVALORE DI AZIONE.

Affrontiamo ora, nella prospettiva della doppia misura della colpa, la struttura oggettiva del reato colposo, suddividendola nel momento del disvalore di azione e del disvalore di evento²³⁵. Si considera afferente al disvalore di azione il discorso sulla diligenza, le regole cautelari e l'agente modello; appartiene al disvalore di evento il profilo della evitabilità (o comportamento alternativo lecito) quale realizzazione del rischio.

La colpa verrà qui approfondita in funzione solutoria delle obiezioni classiche rivolte alla *culpa in re illicita*, di cui abbiamo precedentemente già dato atto.

Verificare i rapporti tra disvalore di azione e di evento della colpa, rispetto ai parametri costituzionali minimi afferenti alla responsabilità penale, costituisce passaggio fondamentale per vagliare la necessità di riproporli, quali connotati di una responsabilità autenticamente colposa, anche *in re illicita*. Si tenterà, in tal modo, di evidenziare le particolarità assunte dal fatto colposo così da differenziarlo rispetto alla responsabilità oggettiva.

3.1 Il problema del disvalore di azione nel reato colposo d'evento.

Dove risieda il disvalore di azione del reato colposo non è questione semplice da impostare e risolvere²³⁶. Rispetto al reato doloso, all'interno della colpa si ravvisano almeno due aspetti problematici.

Il primo risiede nel fatto che, nella fattispecie colposa d'evento, la condotta negligente non ha mai rilevanza autonoma, ma soltanto in quanto causa dell'accadimento tipizzato dal legislatore. In dottrina appare ormai acquisito che il disvalore di azione dell'illecito colposo sta e cade con il disvalore di evento²³⁷, nel senso che in assenza di quest'ultimo l'azione, per quanto negligente, risulterà sempre

235 Per disvalore di evento si intende l'accadimento esteriore, legato alla condotta da un nesso di causalità, nel quale si manifestano *anche* le note di disvalore della condotta. Sui rapporti intimi tra disvalore di condotta e disvalore di evento cfr.: M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 2 ss.; sul concetto di evento significativo, quale risultato esteriore considerato nel suo significato umano e sociale, e quindi presente in ogni tipo di reato v. N. MAZZACUVA, *Il disvalore*, cit., 141.

236 Sul concetto di disvalore di azione e disvalore di evento, in relazione all'*Unrecht* cfr.: N. MAZZACUVA, *Il disvalore*, cit., 4 ss. Vedi anche le considerazioni di D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 128 ss.

237 Così F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 336.

atipica²³⁸. Se Tizio, giovane scapestrato, sfreccia in automobile a 150 km/h in pieno centro urbano e miracolosamente non provoca alcun incidente, non avrà integrato nessun illecito colposo d'evento. Attesa la non punibilità del tentativo colposo – *id est* della messa in pericolo del bene - senza evento tipico non potrà dirsi integrata alcuna illiceità colposa²³⁹.

Il secondo risiede nella circostanza che alla colpa non è necessario alcun requisito psichico effettivo (la colpa cosciente è meramente eventuale), risolvendosi in un contenuto tutto normativo²⁴⁰. Nel dolo l'evento, rispetto al quale valutare la direzione offensiva, è già concretizzato dalla volontà dell'agente, di guisa che il giudizio di idoneità e univocità degli atti assume peculiare concretezza; nell'illecito colposo, invece, la rappresentabilità viene correlata a classi di eventi²⁴¹ e si manifesta, al momento della violazione della diligenza, sotto il profilo *ex ante*, in termini ancora ipotetici e non univoci rispetto al concreto evento che si verificherà²⁴². Tizio direziona la propria auto per investire e uccidere Caio: potrà formularsi un giudizio già *ex ante* sul disvalore di azione, in ragione della volontà omicida e del grado di avvicinamento all'evento raggiunto nel caso concreto, rilevando lo specifico orientamento che l'intenzione ha impresso alla condotta ed il dominio sugli eventi che l'agente persegue; Caio attraversa un incrocio regolato da luce semaforica rossa, l'evento prevedibile sarà un generico scontro con altro veicolo, ma quando si perfeziona, *ex ante*, il disvalore di azione?

Non si vuole qui ripresentare i tentativi, propri di impostazioni personali dell'illecito, di incentrare il disvalore penale del reato colposo d'evento intorno alla violazione della diligenza, spostandone quindi il referente verso la condotta e retrocedendo l'evento a condizione obiettiva di punibilità²⁴³. Nota è la storia, e le critiche, di quelle

238 In generale sulla decisività dell'evento nell'illecito colposo cfr. N. MAZZACUVA, *Il disvalore*, cit., 280 ss.

239 Vedi sempre F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 305-308; Cfr. anche, sui rapporti tra colpa e sorte morale: D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 105 ss.

240 G. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 58; vedi, in senso anche problematico, D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit. 368;

241 Cfr.: M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 64.

242 *Ibidem*, 9 ss.

243 Per una rassegna delle opinioni dottrinali più risalenti che intendevano l'evento del delitto colposo mera condizione di punibilità determinata dal caso G. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 120 ss.

concezioni che valorizzano il disvalore di azione, o nell'ottica del finalismo, o di considerazioni attinenti al c.d. *Zufallsmoment* della colpa, vale a dire al sopravvenire dell'evento alla negligenza quale conseguenza, in definitiva, rimessa al caso²⁴⁴.

Né appare sufficiente aderire ad un apprezzamento del disvalore di azione *ex post*, avuto riguardo all'evento concreto e verificando da lì, a ritroso, la condotta negligente che lo ha provocato.

Ribadito il ruolo fondamentale svolto dal disvalore d'evento nel reato colposo, inteso ad evitare che la colpa diventi *versari in re illicita* per violazione di regola cautelare, appare assolutamente necessario ricostruire il disvalore di azione in una prospettiva ancora *ex ante*, quale momento interlocutorio, necessario ma ancora non sufficiente, dell'illecito.

Questa prospettiva, che presuppone una costruzione separata del fatto doloso da quello colposo, è già stata seguita da quella dottrina che appunto sottolinea la particolarità del fatto tipico colposo²⁴⁵. In particolare si nota come, quando manchi il dolo, il fatto tipico assume una preminente funzione descrittiva della condotta lecita – vale a dire non è sufficiente indicare al soggetto che non deve volere un evento, ma occorre anche palesare come evitarlo - ed individualizzante della responsabilità²⁴⁶; si nota, inoltre, che la descrizione del fatto colposo deve intercettare situazioni reali in grado di richiamare il consociato alla necessità di un comportamento diligente (c.d. *Warnfunktion*), mentre, nei casi connotati da dolo, il soggetto direzionando i propri sensi verso la previsione e volizione dell'evento, percepisce immediatamente la necessità normativa di interrompere la condotta dolosa²⁴⁷. E' peraltro ovvio che l'indicazione comportamentale proveniente dal legislatore rileva al momento della condotta²⁴⁸. Sottolineare questo aspetto non vuol dire aderire ad una impostazione

244 Cfr. in breve: N. MAZZACUVA, *Il disvalore*, cit., 241-243 e 286, il quale nel rivalutare il disvalore di evento nell'illecito colposo critica l'argomento dello *Zufallsmoment*, in quanto occorrerebbe sempre un collegamento tra condotta imprudente ed evento. Vedi ancora D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit, 105 ss.

245 G. FORTI, *Colpa*, cit., 150 ss. ; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit. 363.

246 Così *Ibidem*.

247 G. Forti, *Colpa ed evento*, 150 ss.

248 Richiama l'esigenza di una regola cautelare conoscibile *ex ante* e ripetibile, in modo da poter funzionare quale criterio di individuazione della prescrizione comportamentale M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 51. In realtà qui ci si riferisce non tanto alla concreta regola cautelare ma al momento basilico del dovere di diligenza che è il dovere di prevedere.

imperativistica della norma penale, secondo la quale essa si risolve in un comando rivolto al soggetto - impostazione questa in via di abbandono verso una valorizzazione della *regola juris* penalistica come norma di valutazione di un comportamento – ma esaltarne la funzione di orientamento dei consociati e garanzia di libertà²⁴⁹.

Seguendo la linea tracciata, si vuole qui valorizzare la prospettiva *ex ante* in un senso parzialmente diverso dalla visuale della protezione dei beni giuridici e della individualizzazione della responsabilità²⁵⁰. Interessa esaltare l'aspetto garantistico della necessità di determinare *ex ante* la pretesa normativa insita nella colpa in modo compatibile con il limite della libertà individuale. Il fatto tipico colposo deve non solo rispettare i requisiti di tassatività e determinatezza del divieto²⁵¹, in modo da garantire libere scelte d'azione²⁵², ma anche quelli di offensività e ragionevolezza, nel bilanciamento con la fondamentale istanza di libertà alla quale è da preservare un contenuto essenziale.

Da come la norma penale colposa si manifesta *ex ante* all'individuo dipende l'ampiezza della libertà individuale: nell'ambito della colpa, attesa l'assenza di un collegamento volontaristico con l'evento tipico, il rapporto con la libertà si pone in modo più sottile rispetto al dolo, di guisa che la stessa fattispecie deve essere ricostruita nell'ottica del bilanciamento tra i due valori antagonisti. Il disvalore di azione non risiede in qualunque rischio attivato, bensì nel rischio “illecito” perché cagionato mediante un comportamento dissonante rispetto ad un corretto esercizio della libertà individuale.

Nella ricostruzione del disvalore di azione il *punctum pruriens* risiede nel capire se esso, in prospettiva *ex ante*, sia integrato o meno dalla violazione di regole cautelari. Il quesito è duplice: la violazione della diligenza penalisticamente rilevante, il

249 Sull'imperativismo M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 48 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 56 ss.

250 Per il collegamento tra norma penale, prevenzione e rimprovero M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 53 ss.

251 Sulla tassatività e determinatezza del fatto tipico colposo G. FORTI, *Colpa*, cit, 149 ss.

252 Non si può pienamente concordare, quindi, con l'opinione di chi ritiene che l'evento concreto contribuisca ed elidere i problemi di determinatezza della fattispecie colposa, così: N. MAZZACUVA, *Il disvalore*, cit., 289. Se questo può valere per un concetto di determinatezza garanzia al momento giurisdizionale dell'accertamento, non è sufficiente a specificare *ex ante* il dovere comportamentale del soggetto.

disvalore di azione, presuppone la difformità del comportamento rispetto ad una regola cautelare? In secondo luogo, rileva ogni regola cautelare extrapenale? La risposta dipende da come la regola cautelare viene intesa e costruita.

3.2 I rapporti tra dovere di diligenza e regola cautelare.

Dovere di diligenza e regole cautelari sono ricostruiti, a livello dottrinale ed in linea con la già conosciuta alternativa intorno alla collocazione dogmatica della colpa, ora ora in sede di tipicità, ora di colpevolezza²⁵³.

Chi affronta la diligenza nella colpevolezza nega, alla regola cautelare, la funzione di plasmare l'obbligo giuridico generale tipizzato all'interno del fatto. Secondo questa ricostruzione l'illecito colposo si qualifica come condotta del soggetto agente causativa di un evento tipico, non voluto ma evitabile. In questa prospettiva, il dovere insito nella norma incriminatrice avrebbe per oggetto il non cagionare l'evento, mentre la regola cautelare costituirebbe un parametro di valutazione di secondo livello, destinato ad operare nella colpevolezza e ad attestare la concreta evitabilità dell'evento da parte del soggetto in carne ed ossa; ne consegue una qualificazione giuridica della regola di diligenza in termini non di obbligo, ma di mero onere²⁵⁴. Il parametro per verificare, in sede di colpevolezza, il potere di evitare l'evento, rimane comunque astratto ed è tendenzialmente rappresentato dal modello di agente più vicino al soggetto reale, calato nella medesima situazione di vita.

Dominanti appaiono ormai le impostazioni che, almeno formalmente²⁵⁵, assegnano al c.d. “dovere di diligenza” una funzione all'interno della tipicità colposa. Al loro

253 Definisce ancora “oscuro” il concetto fondamentale di “violazione del dovere di diligenza” D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 279. Per una prospettiva d'insieme sulla colpa, nella sua evoluzione: M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 624 ss.; F. MANTOVANI, (VOCE) *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 299 ss.

254 Vedi ad esempio G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 427 ss. Queste impostazioni, in ragione dell'adesione ad un concetto assoluto di evitabilità, garantiscono il rispetto del principio di colpevolezza inteso come mera calcolabilità-garanzia, ma sembrano stridere con una piena attuazione dei principi costituzionali in tema di fatto proprio e colpevole, salvo che una limitazione del ruolo dell'evitabilità non venga recuperata in un momento antecedente alla colpevolezza, tramite il riconoscimento, per altre vie, della rilevanza del momento oggettivo della colpa. In senso critico rispetto ad una violazione della diligenza relegata al momento soggettivo vedi G. FORTI, *Colpa*, cit., 180 ss.

255 Si ritengono esclusivamente formali quelle costruzioni che, come si vedrà, costruiscono la regola cautelare secondo la miglior scienza ed esperienza, come ad esempio F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 341 ss.

interno non vi è tuttavia uniformità di vedute.

Una prima impostazione distingue concettualmente il dovere di diligenza dalle regole cautelari e dal dovere di astensione. In particolare, dovere di diligenza e dovere di astensione in funzione cautelare rappresenterebbero due modelli di tutela, rispetto ad offese involontarie, tra loro alternativi ed incompatibili.

Soltanto il primo modello – incentrato sul dovere di diligenza - sarebbe riconducibile alla colpa intesa come violazione di una regola cautelare. Invero, l'obbligo di diligenza avrebbe la precisa funzione di richiamare, nella struttura della fattispecie, le regole cautelari, tese ad indicare modalità comportamentali “operative” idonee ad evitare un determinato evento. Il dovere di diligenza, e di converso la colpa, non vietando un'attività, ma indicando *come* svolgerla in modo lecito, avrebbe quindi un contenuto esclusivamente modale; con la precisazione che rientrano nell'obbligo di diligenza anche quei divieti a carattere modale, intesi cioè pur sempre, nel vietare soltanto una certa modalità della condotta, ad indicare come svolgerla.

In taluni casi invece l'ordinamento, vietando al soggetto di intraprendere *tout court* una determinata attività per evitare che da essa derivino determinati eventi, prevede un *autentico dovere di astensione* con funzione cautelare. In queste ipotesi il modello di tutela si caratterizza come interdittivo e non viene in gioco un obbligo modale di diligenza. L'ordinamento sceglie di prevenire la realizzazione di una classe di eventi imponendo la radicale astensione.

Non viene con ciò negato che l'attività interdetta possa comunque essere svolta secondo determinate cautele, bensì si rigetta la presenza di un *obbligo* di diligenza (assorbito nell'obbligo di astensione) tale da qualificare come *doverosa* l'adozione di quelle cautele. Può considerarsi autentica regola cautelare, quindi, soltanto quella avente un contenuto modale, caratterizzata per indicare il comportamento da tenere *per svolgere* una determinata attività. La regola cautelare, richiamata dal dovere di diligenza, entra nel fatto tipico colposo contribuendo così alla descrizione del divieto e divenendo la sua adozione, dal punto di vista penalistico, obbligatoria²⁵⁶.

Il dovere di diligenza sarebbe invece giuridicamente incompatibile a fronte di un dovere di astensione in funzione cautelare, ed eventuali cautele modali in concreto

²⁵⁶ E' la tesi di F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 223 ss.

implementabili non potrebbero comunque essere assunte come regole vincolanti. In tal caso, assenti doveri modali di secondo livello²⁵⁷, il disvalore di azione risiede già nell'agire *tout court*.

Una seconda impostazione distingue tra attività pericolose giuridicamente autorizzate, ove la regola cautelare - idonea ad attenuare o elidere il pericolo - segna le modalità lecite di svolgimento dell'attività, e attività pericolose vietate già in sé o in quanto causa di eventi lesivi, ove nessuna funzione può assegnarsi alle regole cautelari e l'unico dovere, quello di astensione, viene imposto direttamente dalla norma incriminatrice che vieta di cagionare l'evento²⁵⁸. Secondo questa dottrina la responsabilità "per colpa" abbraccia anche la violazione del dovere di astensione, peraltro inteso quest'ultimo in accezione più ampia rispetto alla tesi precedente. Il c.d. dovere di diligenza è formula che riassume sia l'obbligo modale, nelle attività pericolose giuridicamente consentite (c.d. colpa speciale), sia l'obbligo di astensione, nelle attività pericolose vietate (c.d. colpa comune). La regola cautelare viene sempre identificata attraverso il suo contenuto modale, finalizzata a elidere il pericolo (nella colpa comune) o, ove specialmente autorizzato dall'ordinamento, anche solo ad attenuarlo (colpa speciale).

Le due impostazioni appena riportate si differenziano per il modo di costruire la regola cautelare e, in sostanza, nell'identificazione del disvalore di azione del fatto colposo: la prima impostazione ricostruisce la regola cautelare secondo il parametro dell'agente modello; la seconda impostazione utilizza invece la miglior scienza ed esperienza e conseguentemente deriva il dovere di astensione, in sostanza, dalla presenza di un rischio oggettivo non espressamente consentito dall'ordinamento.

Altre impostazioni ancora, adottano una categoria generale di "dovere di diligenza" comprendente ogni obbligo cautelare e distinguendo tra c.d. "misure cautelari" in senso stretto ed altri obblighi²⁵⁹; non manca chi ricorre ad una nozione

257 *Ibidem*, 195 ss. L'Autore specifica come occorra tenere distinta l'ipotesi del dovere di astensione solo apparente, in realtà avente un significato modale, che si realizza quando l'astensione non concerne l'intera attività ma esclusivamente una sua modalità di attuazione. Si pensi, ad esempio al divieto di passare con il semaforo rosso che, benché costruito sotto forma di dovere di astensione, regola il *come* comportarsi nel traffico.

258 F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 342-343.

259 Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 544 ss. ove si distingue tra "dovere di diligenza", che può avere come contenuto l'obbligo di astensione, l'obbligo di preventiva informazione e l'obbligo di controllo sull'operato altrui, oltre all'obbligo di adottare misure cautelare in caso di

onnicomprendiva di regola cautelare comprendente sia il dovere modale sia quello di astenersi dall'attività ed identifica il dovere di diligenza con l'obbligo di rispettare la regola cautelare, nelle sue articolazioni del dovere di riconoscere il pericolo ed in quello di neutralizzarlo o ridurlo tramite una modalità di condotta idonea allo scopo, o addirittura astenendosi²⁶⁰.

Schematizzando il coacervo di opinioni: per la prima impostazione il dovere di diligenza richiama le regole cautelari e non include il dovere di astensione con finalità preventive; per la seconda impostazione l'obbligo di rispettare le regole cautelari rappresenta soltanto un aspetto del dovere di diligenza, il quale comprende anche l'astensione; per le residue, parlare di regola cautelare equivale a parlare di dovere di diligenza.

L'illecito colposo dipende in ogni caso dalla modalità di costruzione della regola cautelare, ferma restando la necessaria verifica *ex post* della realizzazione del rischio nell'evento.

La regola cautelare viene esclusa dal fatto tipico colposo da chi, pur non qualificando la colpa quale mera forma di colpevolezza, individua nelle modalità cautelari dei meri oneri. Questa impostazione propone una ricostruzione dell'illecito penale incardinata su c.d. *status* soggettivi, ovvero su posizioni che il soggetto agente assume nell'ordinamento e che lo rendono giuridicamente competente, secondo doveri ancora extrapenali, a gestire un determinato rischio. Il fatto tipico colposo imporrebbe una diligenza che presuppone tali doveri pre-penali, i quali non attengono ad un precetto comportamentale bensì ad uno *status*, e ne seleziona una parte ai fini della tipicità. Il fatto tipico, pertanto, secondo questa ricostruzione, non impone un determinato comportamento ed esaurisce il suo ruolo nel momento di

realizzazione dell'azione, e "misure cautelari", come sottocategoria del generale dovere di diligenza.
260 G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Diritto penale*, cit., p. 322. Anche F. PALAZZO, *Corso*, cit., 336 classifica le regole cautelari in "modali", destinate a regolare le modalità d'esercizio di un'attività pericolosa, ed in quelle che attengono alla fase anteriore rispetto all'esercizio dell'attività e che, quando la pericolosità dell'attività, una volta intrapresa, non sarebbe più fronteggiabile con altre regole modali, possono imporre l'astensione (c.d. colpa per assunzione). Riconduce la regola cautelare anche all'astensione T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 213-214. L'Autore specifica che nell'ambito del rischio consentito il bilanciamento è soltanto la ragione per la quale l'attività è permessa e non vietata, ma il discrimine viene comunque delineato dalle regole cautelari, le quali segnano il limite del rischio consentito: "una condotta non è scevra da colpa perché il rischio è consentito, ma, al contrario, il rischio è consentito perché la condotta non è colposa".

selezione e tipizzazione di quei doveri giuridici attinenti a *status* meritevoli di sanzione penale. Le c.d. regole cautelari, siano esse scritte o non scritte, non corrisponderebbero a delle precise condotte imposte, presentandosi piuttosto come “gamma di opzioni” la cui scelta è rimessa al soggetto gestore del rischio²⁶¹. Soltanto *ex post*, ad evento avvenuto, gli elementi della negligenza, imprudenza ed imperizia potranno qualificare un ben preciso comportamento come penalmente illecito, mentre *ex ante* la norma penale seleziona doveri giuridici attinenti allo *status* meritevoli di trasposizione in sede penale e lascia la facoltà all'agente di scegliere la condotta conforme all'aspettativa giuridica di corretta gestione del rischio²⁶². Si sottolinea come, al di fuori della propria sfera di competenza, non vi sia alcun dovere di gestire il rischio, rimanendo così intatto l'ambito di libertà dell'individuo, il quale può innescare i rischi che crede senza andare in contro a sanzioni penali; si riconosce così la tutela della libertà *tout court*, a prescindere dal giudizio sociale sull'interesse perseguito dal cittadino nell'esercizio della sua autonomia²⁶³. Senza entrare nell'analisi dettagliata di quest'ultima impostazione, assai complessa, merita qui evidenziarne, quale punto di sicuro interesse, la separazione della questione sulla libertà dell'individuo da considerazioni inerenti alla prevedibilità di eventi avversi e da quel bilanciamento tra rischio e utilità sociale proprio della dogmatica del rischio consentito.

3.3. La costruzione della regola cautelare secondo i criteri della prevedibilità e prevenibilità dell'evento.

Nel paragrafo precedente abbiamo sottolineato le interrelazioni tra regola cautelare, dovere di diligenza e fatto tipico colposo. Diventa ora necessario comprendere come viene costruita la regola cautelare in sede di tipicità.

Inserire la regola cautelare nell'illecito significa attribuirle la funzione di delimitare l'area di rilevanza del fatto colposo. Di riflesso viene così identificata la sfera di

261 Così, se ben compresa, la tesi di L. CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 503.

262 *Ibidem*, 504-505.

263 Si tratta, a ben vedere, della stessa esigenza sottesa alle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento: entrambe avanzano tramite un discorso sulla liceità o meno del rischio prodotto; quella correlata a doveri pre-giuridici di cautela ha il merito di rinunciare alla pregiudiziale del rischio consentito e del bilanciamento tra interessi, puntando direttamente sul dovere per sfera di competenza.

libertà riconosciuta dall'ordinamento al soggetto agente²⁶⁴.

Pacifico che i criteri di enucleazione della regola cautelare debbano individuarsi nella prevedibilità e prevenibilità (o evitabilità) dell'evento, secondo un giudizio necessariamente *ex ante*²⁶⁵, si pongono una serie di problemi sul contenuto di questi criteri che riflettono una certa ambiguità di fondo in ordine alla funzione da assegnare alla regola cautelare, all'obbligo di diligenza ed al fatto tipico nel suo complesso.

Sufficientemente chiarito è l'oggetto del giudizio di prevedibilità – prevenibilità, nell'alternativa tra evento storico o tipo di evento: in un certo qual modo la prevedibilità ed evitabilità deve riguardare gli anelli causali, nel senso che proprio la prospettazione delle possibili dinamiche causali permette di enucleare i comportamenti prevenzionistici idonei, intervenendo sui fattori eziologici²⁶⁶, ad incidere sul rischio.

Il problema centrale delle c.d. regole cautelari attiene semmai al *parametro* in base al quale valutare la prevedibilità ed evitabilità dell'evento.

Si rinvengono, a tal proposito, due filosofie di fondo che rispecchiano, crediamo, la funzione assegnata alla regola cautelare: quella di impedire l'evento, in un'ottica di tutela massima del bene giuridico, e quella di ospitare al suo interno il bilanciamento con il “rischio consentito”.

La prima impostazione è seguita dal quell'indirizzo - monistico - secondo cui la regola cautelare (e con essa l'obbligo di diligenza) andrebbe sempre costruita secondo il parametro della miglior scienza ed esperienza²⁶⁷. Tre sono le esigenze che si vogliono soddisfare.

Innanzitutto, tutelare in modo massimo il bene giuridico, posto che una costruzione

264 Per regola cautelare assumiamo qui sia quella direttamente modale, sia quella che si risolve nell'astensione dall'attività, nei limiti in cui l'astensione è il frutto di un giudizio in concreto di prevedibilità – non evitabilità altrimenti dell'evento, e non l'imposizione di un *non facere* autonomamente stabilito da una norma a struttura rigida.

265 Per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 342.

266 G. MARINUCCI, *La colpa*, cit. 214, afferma che il vero interrogativo attiene alla prevenibilità effettiva, una volta accertata la prevedibilità dell'evento concreto ed enucleata la regola preventiva. Per autori favorevoli alla c.d. prevedibilità in concerto, riguardante anche il decorso causale, vedi F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 182 nota 627. Resta tuttavia oscuro quale sia l'aspetto del decorso causale a dover essere prevedibile; per questo rilievo *Ibidem*, 183.

267 Aderisce a questa tesi F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 342-343.

della regola precauzionale secondo parametri inferiori significherebbe aprire in concreto ad una regola di diligenza che potrebbe, con ancor più frequenza rispetto al parametro della miglior scienza ed esperienza, non possedere alcuna efficacia preventiva.

In secondo luogo, mantenere una coerenza interna all'ordinamento attorno ad una costruzione dell'illecito che non può che essere unitario per tutti i consociati, manifestando esso una valutazione negativa, da parte dell'ordinamento, della specifica attività umana. Il giudizio intorno alla possibilità, per il concreto soggetto agente, di conformarsi alla regola cautelare riceve dunque valorizzazione nella misura soggettiva della colpa all'interno della colpevolezza, ove ci si chiede se l'agente reale, sublimato all'interno dell'agente modello riferibile all'attività in concreto esercitata (c.d. *homo ejusdem professionis et condicionis*) fosse effettivamente in grado di prevedere ed evitare l'evento e quindi adeguarsi alla pretesa normativa.

In terzo luogo, giustificare, eludendo il problema, la rilevanza delle speciali conoscenze e capacità dell'agente concreto, il ricorso alle quali altrimenti, a fronte di un illecito costruito secondo un parametro inferiore alla miglior scienza ed esperienza, implicherebbe l'introduzione di un elemento soggettivo (la capacità della singola persona) ad arricchire quello oggettivo, con commistione del piano della colpevolezza con quello dell'illecito.

A fronte dell'impostazione appena trattata, orientata alla miglior tutela del bene giuridico, vi sono tesi che assegnano al procedimento di costruzione della regola cautelare *altri compiti* rispetto a quello prevenzionistico, ed in specie assicurare già a livello del fatto una mediazione tra istanze di sicurezza e istanze di individualizzazione della responsabilità.

Ampiamente criticata è quella tesi di stampo *monistico* che, sulla scorta dell'imperativismo, si preoccupa di costruire la regola cautelare come *norma agendi* rivolta al soggetto concreto, intendendo così l'illecito come illecito personale conformato in modo individualizzato intorno al potere del singolo consociato preso in considerazione²⁶⁸. A prescindere dalla dubbia premessa in punto di teoria delle

268 Come già indicato in precedenza, riferimenti bibliografici in F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 155 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 441 ss.; vedi anche A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva*, cit., 29-31.

norme, questa costruzione, trasferendo il giudizio di colpevolezza in sede di illecito, ne elide la rilevanza del momento oggettivo del rischio, alterandone così la struttura tipica intesa alla tutela dei beni giuridici²⁶⁹.

Ben più diffusa è quella teoria che, aderendo ad un approccio *pluralistico*, adotta un parametro differenziato della prevedibilità ed evitabilità già in sede di illiceità, modulato secondo la categoria dell'*homo ejusdem professionis et condicionis*²⁷⁰, vale a dire dell'uomo coscienzioso ed avveduto appartenente al circolo di rapporti al quale appartiene l'agente reale. Quando diversi siano gli "agenti modello" legittimati ad intraprendere una certa attività, questa impostazione presuppone l'esistenza di regole cautelari diverse per ciascuna classe di individui, ognuna evidentemente dotata di differente efficacia preventiva²⁷¹. Si pensi all'esempio del diverso sapere medico, in ragione della specializzazione raggiunta dal sanitario, rispetto all'approccio alla medesima patologia²⁷².

Una colpa oggettiva costruita secondo il parametro relativo dell'agente modello presuppone, da un lato, che la regola cautelare, enucleata per definizione secondo un parametro inferiore alla miglior scienza ed esperienza, possa nel caso concreto rivelarsi inidonea a contenere il rischio oggettivamente esistente, dall'altro lato che, per quelle attività che possono essere svolte da una pluralità di agenti modello (es.

269 Nell'ambito di queste impostazioni lo stesso pericolo assume una connotazione soggettiva; diventa rilevante quello accertato dal punto di vista del singolo soggetto concreto, il quale, in base alle proprie conoscenze, si prefigura il pericolo, avverte il comando insito nella norma colposa e si adegua alle idonee misure prevenzionistiche. Conseguentemente, il disvalore dell'azione colposa non risiede tanto nell'effettivo pericolo ma nel pericolo putativo, dal punto di vista della persona in concreto agente. Cfr. in particolare la tesi di Zielinski, come riportata da N. MAZZACUVA, *Il disvalore*, cit., 249-251. Per critiche alla concezione personale dell'illecito cfr.: M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 38 ss.

270 Sulla costruzione della prevedibilità ed evitabilità secondo un parametro che faccia astrazione dall'agente concreto, in modo, da un lato, di rendere praticabile il giudizio di colpa e, dall'altro, di non rendere inattuabile la pretesa M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 156-157. L'Autore costruisce l'agente modello in base alle conoscenze possedute dal soggetto arricchite da quelle che era legittimo presumere egli possedesse in ragione della sua posizione sociale. Esclude invece la rilevanza di quegli stati o condizioni personali che di fatto hanno impedito il processo di rappresentazione.

271 Per una critica al criterio dell'*homo ejusdem professionis et condicionis* sotto il profilo della sua persistente indeterminatezza, in quanto a sua volta esso rinvia ad altri sottocriteri *ex ante* in definitiva arbitrari M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 50-51. Sempre in senso critico verso il criterio dell'agente modello, troppo ideale e lontano dal reale F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, cit., 1296; ID, *La normatività della colpa*, cit., 96.

272 Con riguardo alla problematica della costruzione di regole cautelari secondo il parametro dell'agente modello, con particolare riferimento all'ambito medico ed in una prospettiva processuale, ma con notazioni generalizzabili vedi S. GROSSO, *Alla ricerca di una prospettiva di individuazione delle regole cautelari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 146 ss.

attività medica; circolazione stradale), esista una differenziazione interna al contenuto del dovere di diligenza. In definitiva, alla pluralità di agenti modello sono collegabili diverse fasce di tollerabilità del rischio, derivanti dalla distanza tra modello di uomo e miglior scienza ed esperienza.

Il quesito in ordine a quale sia il grado rilevante di prevedibilità ed evitabilità attiene proprio al bilanciamento tra tutela del bene giuridico e attività base. Auspicare il massimo della tutela, assegnando rilevanza anche alla minima possibilità dell'evento, conduce ad impedire lo stesso esercizio dell'attività base²⁷³.

3.4 Le speciali conoscenze e capacità del singolo.

La regola cautelare, inserita nel fatto tipico colposo, contribuisce a discriminare il lecito dall'illecito, occorre pertanto costruirla in modo compatibile con il giudizio impersonale proprio del momento oggettivo del reato. D'altro canto, perseguire una assoluta oggettivizzazione della regola, troppo lontana dal concreto soggetto agente, rischia di risolversi in indicazioni inesigibili da parte dei consociati, spostando nella colpevolezza tutto il discorso intorno al potere soggettivo di adempiere alla cautela doverosa.

Aspetto problematico classico della colpa penale è quello della rilevanza da riconoscere ad eventuali speciali capacità e conoscenze dell'agente reale, superiori rispetto all'agente modello di riferimento.

Un tale apprezzamento nell'ambito della colpevolezza non desta particolari problemi, attenendo comunque ad un aspetto del potere individuale. Ben più complessa è invece la sua rilevanza in sede di illecito.

Coloro che ne predicano l'assoluto rilievo argomentano che, in caso contrario, quel singolo individuo sarebbe destinatario di una disciplina di ingiustificato favore²⁷⁴; verrebbe legittimato un pericolo anche avanzato rispetto al bene giuridico tutelato quand'anche esso fosse perfettamente dominabile dal soggetto agente in virtù delle sue superiori conoscenze e abilità.

273 Cfr. anche: F. GIUNTA, *I tormentanti rapporti fra colpa e regola cautelare*, cit., 1999, 1295. Per rivalutazione del criterio della miglior scienza ed esperienza vedi S. GROSSO, *Alla ricerca*, cit., 170 ss.
274 G. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 195; F. PALAZZO, *Corso*, cit., 331; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 546.

Secondo la tesi che vuole il dovere oggettivo di diligenza entità comune a dolo e colpa, obliterare le conoscenze e capacità superiori aprirebbe altresì il varco a conseguenze devastanti sotto il profilo della prevenzione generale, legittimandosi il comportamento di colui che, volendo provocare l'evento, approfitti delle proprie speciali facoltà: classico è l'esempio dello scopritore di una nuova sostanza chimica potenzialmente pericolosa che solo ne conosce le particolarità d'impiego a fini letali. La dottrina che nega un significato alle speciali capacità e cognizioni della persona muove dal presupposto che l'illecito debba essere necessariamente impersonale²⁷⁵. Ancora, vi è chi differenzia tra speciali cognizioni del soggetto, queste soltanto ritenute idonee ad influire sulla diligenza dovuta, dalle speciali capacità, che invece rimarrebbero pur sempre estranee al divieto²⁷⁶. Vedremo che la questione potrà impostarsi, e risolversi, intorno ad una valorizzazione analitica della tipologia di doveri precauzionali che compongono l'illecito colposo, distinguendo tra doveri strumentali alla previsione e doveri strumentali alla prevenzione (vedi *infra* par. 4.)

3.5 Ruolo e funzione dell'agente modello.

Veniamo al punto fondamentale di comprendere quale funzione svolge il concetto di agente modello nell'economia del reato colposo; chiarito ciò, potrà risolversi coerentemente il profilo delle diversità particolari del concreto soggetto agente.

L'agente modello corrisponde all'*homo eiusdem condicionis et professionis*, vale a dire l'agente giudizioso riferibile al tipo di attività e condizioni in concreto assunte dal concreto soggetto agente²⁷⁷.

Ora, per definire la funzione dell'agente modello nell'ambito del reato colposo, bisogna distinguere tra modello di agente in sede di tipicità e modello di agente in sede di colpevolezza.

Affrontando l'argomento nell'ambito della c.d. doppia misura della colpa, quelle impostazioni che identificano l'area di tipicità oggettiva del fatto colposo facendo

275 Cfr. A. BONDI, *I reati aggravati*, cit., 147.

276 Vedi G. FORTI, *Colpa*, cit., 270 ss. anche per indicazioni bibliografiche sulla feconda dottrina tedesca.

277 F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 350. Per critiche all'agente modello v. *supra* note 271 e 272.

riferimento al parametro della miglior scienza ed esperienza dell'attività di riferimento, relegano l'agente modello alla sola colpevolezza²⁷⁸.

In questo senso l'agente modello serve a verificare se il singolo soggetto, il quale si presuppone che dovesse essere in grado di offrire una prestazione pari a quella dell'agente modello, fosse in grado di adeguarsi alla regola di diligenza oggettiva. Il confronto tra agente reale e agente modello avviene ancora, però, sulla base di un potere oggettivo; la comparazione serve a verificare se l'agente modello (e non l'agente reale) potesse adeguarsi alla diligenza oggettiva²⁷⁹. Il gradino successivo risulta essere una pretesa verso l'agente reale il quale “doveva” comportarsi come l'agente modello.

E questa pretesa è sostenibile, nelle attività strutturate, attraverso la volontaria assunzione del ruolo sociale da parte del singolo soggetto, cosicché vi sarebbe sempre a monte una colpa per assunzione; nelle attività non strutturate, libere, l'agente modello corrisponde all'uomo ragionevole, con la conseguenza che la pretesa ordinamentale si avvicina, nei casi di colpa incosciente, al rimprovero per la personalità²⁸⁰.

La sede del reato più consona per trattare il tema del “dovere” è indubbiamente il fatto tipico. E così operano gli orientamenti, preferibili, che adottano il parametro dell'*homo eiusdem* ancor prima per definire la diligenza richiesta dall'ordinamento.

All'interno dell'illecito, l'agente modello è una formula che, indicando il comportamento da tenere, condensa il dovere di diligenza.

Anche queste impostazioni ricorrono ad una figura astratta in sede di colpevolezza, ma qui l' “agente modello” rappresenta soltanto una figura astratta (non ideale nel senso di obiettivamente preferibile), diversa dalla persona in carne ed ossa, idealizzata al precipuo fine di valutare la capacità del soggetto di adeguarsi alla diligenza richiesta; valutazione questa che necessariamente richiede di procedere attraverso l'astrazione di talune caratteristiche dell'agente reale²⁸¹.

278 *Ibidem*, 350.

279 Per la prevalenza del dovere sul potere, pur nell'ambito della misura oggettiva, vedi anche M. GROTO, *Principio di colpevolezza*, cit., 389 ss.

280 Richiama infatti la necessità di collegare anche la colpa generica a precise regole invalse nel corpo sociale, a livello consuetudinario, onde evitare giudizi che si risolvono nel modo d'essere della persona F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., 99.

281 La necessità di astrarre dal soggetto concreto è affermazione costante in dottrina, vedi M.

4. SPECIFICAZIONI SULLA FUNZIONE GARANTISTICO-TIPIZZANTE DEL DOVERE DI DILIGENZA.

Il discorso sul disvalore di azione dell'illecito colposo deve svolgersi sul solco tracciato dal principio di frammentarietà dell'intervento penale e dal connesso principio generale di “libertà”²⁸² al di fuori dei reati tassativamente positivizzati.

Il nucleo essenziale di libertà umana non può essere sacrificato neanche dalla fattispecie colposa finché il comportamento non raggiunga una certa soglia di rischio, più intensa rispetto al generico rischio dell'esistenza.

La fattispecie colposa d'evento, vietando la causazione di un evento attraverso la violazione della diligenza, richiama nella fattispecie doveri *strumentali* concretizzati in regole cautelari²⁸³.

In primo luogo, viene in rilievo un *dovere esterno – comportamentale* di approfondimento della situazione di rischio, relativo alla necessità di verificare, attraverso l'utilizzo dei sensi, prima e durante l'azione, la presenza o assenza di *altri fattori di rischio non conosciuti*.

In secondo luogo, viene in rilievo il *dovere interno - intellettuale - di riconoscere il rischio*, ovvero di assegnare ai fattori conosciuti un significato eziologico. Trattasi di un dovere che permane per tutta l'attività, essendo il giudizio di prevedibilità – evitabilità plurimo e costante nel divenire dell'azione umana.

Infine, viene in rilievo ancora il *dovere esterno – comportamentale*, in una seconda accezione, di adottare cautele in senso stretto, di agire in modalità tali da evitare l'evento (*rectius* elidere il rischio)²⁸⁴.

ROMANO, *Commentario*, cit. 436; P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 51. Per indicazioni sulla dottrina tedesca, che usa distinguere tra “incapacità” (di natura fisica e intellettuale) e “difetti di natura caratteriale o spirituale” (indifferenza, disattenzione, superficialità), ove i primi soltanto dovrebbero rilevare come scusante: A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva*, cit., 35-37.

282 Ogni attività umana comporta un generico rischio ubiquitario, qualsiasi comportamento innesca infinite serie causali, vicine o lontane, che possono sfociare in eventi negativi e che ciò nonostante l'uomo - dal punto di vista almeno penalistico - è libero di intraprendere per perseguire i propri fini, fintanto che non incorra in un divieto espresso da una norma penale e quindi giustificato secondo il principio di offensività.

283 Distingue invece tra diligenza doverosa, quale complesso delle regole strumentali di varia fonte, e dovere di diligenza, sottoposto ai principi penalistici sul fatto D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit. 285. Nello specifico sono tuttavia i doveri strumentali a limitare la libertà del consociato.

284 Per una rassegna dei doveri strumentali in tema di colpa, con collegamenti anche ai concetti di matrice germanica di *innere Sorgfalt* e *äußere Sorgfalt* vedi O. DI GIOVINE, *Il contributo*, cit. 428 ss. Sulla possibilità di riconoscere il pericolo da intendersi piuttosto come e nei limiti del dovere di riconoscere vedi G. FORTI, *Colpa*, cit., 204 ss.

Questi doveri strumentali entrano in conflitto con il contrapposto diritto di libertà sotto diversi profili.

Il dovere di *approfondimento della situazione di rischio* limita la libertà individuale nella sua accezione di facoltà di agire *hic et nunc*, senza che penetranti oneri conoscitivi ne ritardino eccessivamente l'esercizio.

Il *dovere interno - intellettuale - di riconoscere il rischio*, entra in conflitto con la libertà di scegliere come orientare i propri pensieri. Sotto questo profilo, il dovere di diligenza, che in tal senso si avvicina ad una sorta di diligenza interiore (*innere Sorgfalt*) non potrà, nelle ordinarie situazioni di vita, imporre al soggetto particolari sforzi intellettivi per collegare, a dati fattori della realtà, una efficacia eziologica rispetto ad eventi avversi.

Entrambi i doveri potranno, invece, concretizzarsi in modo più penetrante nel momento in cui la situazione di fatto manifesti una certa particolarità tale da consigliare maggiori cautele o maggiore attenzione (c.d. *Warnfunktion* del fatto storico)²⁸⁵.

Infine, il dovere comportamentale di elidere il pericolo penalisticamente rilevante, limita ad un tempo la libertà intellettuale, attesa la necessità di rinnovare il giudizio predittivo per enucleare la regola cautelare impeditiva, e la libertà d'azione, che non potrà consistere in comportamenti contrari a diligenza.

Sebbene presentato in ordine cronologico, quello appena proposto è, prima di tutto, uno schema logico: i doveri strumentali si intersecano vicendevolmente e si influenzano a vicenda; ogni giudizio predittivo dà luogo ad altri giudizi o ad altri doveri di approfondimento.

Dovrebbe essere a questo punto chiaro come, nei rapporti tra la possibilità di riconoscere il pericolo ed il dovere di evitare l'evento, vada assegnata precedenza non tanto al potere conoscitivo quanto al dovere: è il dovere strumentale di prevedere che dà rilevanza al – e limita il – potere previsionale del concreto soggetto agente²⁸⁶.

La garanzia della libertà d'azione è *in primis* liberazione dell'individuo da una rilevanza penalistica assoluta della prevedibilità e della evitabilità, intese come

285 Sulla particolarità della funzione di ammonimento del fatto colposo, rispetto a quello doloso, collegata tuttavia all'operare delle regole cautelari *Ibidem*, 172 ss.

286 Così anche G. FORTI, *Colpa*, cit. 204; M. GROTTO, *Principio di colpevolezza*, cit. 131-132.

potere naturalistico-fattuale, riconoscendone il valore soltanto se ed in quanto circoscritte da un previo dovere di diligenza. Il fulcro del disvalore di azione dell'illecito colposo va colto, dunque, intorno ad un concetto di dovere di diligenza inteso, prima ancora che quale fondamento per poter affermare il potere individuale di evitare l'evento, come limite alla rilevanza dell'evitabilità fattuale del fatto. La funzione di una dialettica così impostata tra *Können* e *Sollen* è impedire che la moltiplicazione delle possibilità di conoscenza e di condotta si risolva in una eccessiva limitazione della libertà umana.

Quanto alla *prevedibilità*, *rectius* dovere di prevedere²⁸⁷, ciò che influisce sulla libertà individuale sono i vincoli informativi circa fonti e dinamiche del pericolo, che si ritiene il soggetto debba rispettare prima e durante il suo agire²⁸⁸. (ad esempio, rispetto all'uscire di casa si può ritenere doveroso controllare che il gas sia chiuso – a prescindere da un utilizzo dei fornelli da parte del medesimo soggetto – ma non, in assenza di segnali contrari, controllare che non vi siano perdite dal tubo perché un tale scrupolo, pur rientrando nell'ambito fattuale del “potere” del soggetto limiterebbe troppo la sua libertà)²⁸⁹. Il dovere di previsione dei pericoli non può, insomma, sfociare in un ingessamento della libertà individuale al fine di raccogliere tutte le informazioni ontologiche e nomologiche necessarie a garantire la sicurezza. La possibilità che il sapere dell'agente modello²⁹⁰, costruito secondo il suddetto

287 Nega che la colpa comprenda un “dovere di prevedere” in quanto il soggetto viene punito non perché ha agito violando il dovere di prevedere, ma perché ha cagionato un evento che era prevedibile ed evitabile M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 154. L'Autore ritiene, in particolare, che non sarebbe possibile provare l'esistenza di un obbligo di conoscenza, il quale peraltro contrasterebbe con la funzione del diritto di imporre comportamenti e non di impedire stati intellettivi. In realtà, almeno per quanto concerne il dovere di acquisire informazioni sulle fonti di pericolo, trattasi di un vero e proprio comportamento. Si riferisce quale oggetto delle regole di diligenza, ad un “obbligo di informarsi” oppure ad un “obbligo di agire” secondo determinate cautele M. ROMANO, *Commentario*, cit., 428.

288 Sull'esistenza di doveri di diligenza anche extrapenalici quali doveri di acquisizione di conoscenze e abilità, a loro volta premessa necessaria dell'agire doveroso colposo vedi M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., 40, che richiama a sua volta D. PULITANO, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 778 ss. In realtà siffatti doveri sono “oneri”, il cui adempimento rimane facoltativo, configurabili peraltro solo con riferimento ad attività diverse da quelle costituenti diritti fondamentali dell'individuo. Soltanto rispetto ad attività diverse da quelle integranti libertà fondamentali è invero configurabile una colpa per assunzione per colui che entra nel circolo di rapporti di riferimento in assenza delle conoscenze o abilità richieste.

289 Ritiene che nell'ambito di una doppia misura della colpa la riconoscibilità o meno dei presupposti di fatto che rendono obbligatorio il dovere di diligenza appartenga alla colpevolezza – e quindi alla dimensione soggettiva - e non al fatto tipico M. GROTTA, *Principio di colpevolezza*, cit., 27.

290 Per la relazione tra agente modello e conformazione del dovere di conoscenza vedi M. GROTTA,

dovere, diverga dalla miglior scienza ed esperienza (es. idraulico che il giorno prima, visitando la medesima casa, si era avveduto della rottura del tubo del gas) costituisce un rischio “consentito”, penalisticamente irrilevante, *non per l'utilità sociale sottesa alla condotta* (ad es. uscire di casa), che di per sé può dirigersi verso una rapina in banca, così come verso una donazione di sangue, ma *perché costituisce una pre-condizione indefettibile della libertà individuale*.

Quanto alla *prevenibilità*, per le medesime ragioni appena espresse, il dovere di evitare l'evento non può imporre un comportamento diverso da quello necessario e sufficiente ad annullare il giudizio di prevedibilità, secondo il canone del medesimo agente modello, palesandosi altrimenti una limitazione ultronea della libertà individuale. Se si richiedesse una condotta indirizzata alla prevenzione di un novero di eventi debordante rispetto a quelli attinti dalla previsione doverosa dell'agente modello, si riconoscerebbe rilevanza, in sede di evitabilità, ad un rischio penalmente atipico.

Il giudizio di prevenibilità, espresso dall'agente modello, invero, altro non è che un nuovo giudizio di (im)prevedibilità in concreto dell'evento avente per oggetto la situazione di vita integrata dalla cautela impeditiva²⁹¹ (chi corre in un giardino e si imbatte in un gruppo di bambini scalmanati deve prevedere il rischio di travolgerli non modulando la velocità, tuttavia la norma penale non necessariamente gli impone di camminare, fintanto che l'agente modello possa ritenere sufficiente ad evitare l'evento procedere, ad esempio, a passo di *jogging*. Implementando questa cautela viene meno la prevedibilità del travolgimento e, per inciso, a nulla rileva il fatto che quella corsa nel parco fosse motivata da sana attività sportiva o piuttosto da una fuga dalla polizia).

All'interno del dovere di evitare (nel senso della sua assenza) possono risolversi anche quei casi in cui il soggetto, benché preveda il pericolo come imminente, e nonostante si configuri anche la possibilità di schermarlo, non abbia giuridicamente

Principio di colpevolezza, cit., p. 146; G. FORTI, *Colpa*, cit., 236.

291 Ad esempio, rispetto al guidare un'automobile con le gomme lise è prevedibile la perdita di controllo e l'incidente stradale, tuttavia (oltre alla regola cautelare più efficace: cambia le gomme), l'agente modello potrebbe ritenere che circolando ad una velocità particolarmente ridotta l'evento sia prevenibile (ovvero: viene meno la prevedibilità dell'evento, rispetto alla situazione di vita di colui che circola in automobile con gomme lise, ma a velocità particolarmente ridotta).

un dovere di evitare quell'evento e quindi l'accadimento non possa essergli imputato²⁹².

Con riguardo alle attività umane non pare quindi corretto affermare che sono, dal punto di vista penalistico, consentite perché non pericolose. Esse rimangono atipiche, benché oggettivamente pericolose, quando il rischio non è doverosamente riconoscibile perché la pretesa di una tale riconoscibilità implicherebbe una limitazione eccessiva della libertà personale.

La misura del dovere penalisticamente rilevante viene, in sostanza, fissata nel concetto di “agente modello”, inteso quale persona ragionevole – quanto a sensibilità ai coefficienti di rischio – che media tra la propria libertà e l'interesse generale ad evitare lesioni di beni giuridici protetti. E' intuitivo, a questo punto, come la vera domanda risieda in ciò: data una situazione statica di conoscibilità *ex ante* del rischio da parte dell'agente modello, occorre determinare quando la medesima consenta comunque di agire *hic et nunc*, imponga di approfondire i fattori eziologici rilevanti od obblighi, infine, a diminuire quel rischio²⁹³.

In definitiva, l'agente modello rileva in due momenti: quello della conoscenza del rischio e quello della scelta del comportamento ritenuto consentito tra i vari astrattamente possibili: approfondire; agire; adottare cautele; astenersi.

Si afferma, in estrema sintesi, che ciò che conta è la prevedibilità dell'evento, e non un mero giudizio di possibilità in ordine al suo verificarsi. I singoli doveri strumentali diverranno più pregnanti nell'avvicinamento, dalla mera possibilità, al

292 L'ipotesi viene risolta da altri Autori all'interno della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, negando che il soggetto possa dirsi “competente” per quel rischio. Si riporta l'esempio dell'elettrauto che, accorgendosi delle gomme lise dell'automobile da riconsegnare al cliente, ometta di avvisarlo, rispetto all'incidente mortale in seguito provocato e si afferma che, nonostante la previsione del pericolo, l'elettrauto non è responsabile per assenza di competenza del rischio. La sfera di rischio competeva a terzi; Vedi M. DONINI, *Imputazione*, cit., 30. Il tema si intreccia altresì con quello della consapevolezza dei fattori di rischio, fatto sopravvenuto umano ed interruzione del nesso causale: ove manca il nesso causale è assente, salvo espresso obbligo di garanzia, un dovere impeditivo-interruttivo di nessi eziologici da altri attivati. Sulla tesi dell'interruzione del nesso causale per fatto umano susseguente vedi A. VALLINI, “Cause sopravvenute da sole sufficienti” e nessi tra condotte, in *Dir. pen., cont.*, 32ss in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1341953487Vallini%20-%20Cause%20da%20sol%20sufficienti_def.pdf

293 Sul problema della quantificazione del rischio residuale socialmente accettabile vedi G. FORTI, *Colpa*, cit., 459. Secondo l'Autore la libertà di azione sarebbe direttamente proporzionata alle conoscenze nomologiche possedute dall'agente modello ed al bene tutelato dall'ordinamento. Ad esempio con riguardo al bene vita, dovrebbe imporsi l'astensione quando la conoscenza nomologica dei fattori di rischio fondi una probabilità anche non elevata dell'evento; cfr.: *Ibidem*, 464 – 465.

pericolo concreto. Non si nasconde che, in un certo senso, si tratta di un giudizio di adeguatezza del comportamento umano rispetto alla situazione data.

Se questo ci pare lo schema generale, sono ben ammissibili differenti modulazioni della tutela penale per il tramite di regole cautelari scritte (colpa specifica), destinate a configurare particolari doveri: imporre particolari controlli, particolare attenzione, particolari manovre.

4.1. Conferme dell'impostazione qui adottata nell'ambito del classico problema sul trattamento delle superiori conoscenze e abilità dell'agente concreto rispetto all'agente modello.

Scomporre il dovere di diligenza nelle sue due articolazioni del dover prevedere e del dover evitare, quali limiti alla rilevanza del “potere” individuale, nell'ottica di bilanciamento tra garanzia della libertà e tutela dei beni giuridici, consente di risolvere senza imbarazzi il tema delle speciali conoscenze e abilità dell'agente concreto.

Il parametro della prevedibilità viene fissato ad un livello inferiore rispetto alla miglior scienza ed esperienza non per permettere le condotte umane nonostante l'accertato pericolo, bensì per evitare di onerare il soggetto agente di penetranti doveri di informazione e controllo, atti ad acclarare un eventuale stato di rischio, in situazioni di normalità o quando quel rischio non compete all'agente.

Se, invece, il soggetto già conosce l'esistenza di fattori di rischio, o li può conoscere con uno sforzo minimo, intellettuale o modale (acquisire l'informazione), viene meno l'esigenza di limitare la prevedibilità a quella dell'agente modello e ben si può riconoscere valore alle conoscenze superiori del singolo (così, se chi si appresta ad uscire di casa sa che la manopola del gas si chiude con difficoltà, dovrà accertarsi con maggior cura della chiusura, ad esempio con apposito riscontro)²⁹⁴.

Se il parametro in base al quale valutare la riconoscibilità del pericolo è fissato in modo inferiore a quello della miglior scienza ed esperienza in funzione di non immobilizzare l'individuo e garantirgli libertà d'azione, se questa è la *ratio* di una misura infraottimale del dover prevedere, le eventuali conoscenze superiori

²⁹⁴ Sulle conoscenze superiori, anche per varie esemplificazioni, vedi anche M. DONINI, *Imputazione*, cit., 68-69.

dell'agente concreto potranno acquisire piena rilevanza sotto il profilo della prevedibilità dell'evento, *venendo meno l'esigenza di consentire all'esercizio di libertà anche in condizioni di incertezza.*

Correttamente pertanto si distingue, nel valutare l'incidenza delle competenze superiori del soggetto concreto rispetto al modello di agente, tra *conoscenze superiori e capacità superiori.*

Le conoscenze superiori acquistano rilevanza in quanto influiscono sulla previsione del pericolo o sulla sua prevedibilità doverosa: in presenza di effettiva previsione di un rischio penalmente rilevante si attualizza il dovere di prevenirlo, a prescindere dalla fonte della conoscenza (superiori conoscenze già proprie del soggetto o approfondimento *in itinere*). La prevedibilità secondo l'agente modello, vale a dire un dovere di prevedere limitato rispetto alla generica possibilità umana di conoscenza, non serve a garantire la possibilità di agire liberamente nonostante uno scontato pericolo, ma ad evitare che la generale libertà d'azione rimanga *in nuce* imbrigliata nella necessità di diffondersi nel prendere cognizione dei più disparati fattori di rischio che la vita dispiega di fronte all'individuo.

Non vi è quindi alcuna irragionevolezza nel dar rilevanza alle conoscenze superiori: esse fanno mutare la regola d'intervento ma non il primo segmento della diligenza doverosa riconnessa alla presa d'informazione²⁹⁵.

La critica al parametro dell'agente modello in ragione del possibile discostamento tra la regola cautelare così formata e quella frutto della miglior scienza ed esperienza, laddove solo quest'ultima sarebbe idonea ad evitare offese al bene giuridico, non ha ragion d'essere. Suggestendo una ordinata modulazione di doveri di conoscenza e doveri d'intervento²⁹⁶, la norma penale vuole evitare soltanto taluni pericoli – principio di frammentarietà – così da non limitare eccessivamente la libertà del soggetto agente, e quindi la regola cautelare, attraverso l'agente modello, serve proprio a selezionare i pericoli penalmente rilevanti.

Trattare questi aspetti soltanto in sede di teoria della colpevolezza implica e

295 Lo ritiene invece irragionevole, e infatti adotta il criterio della miglior scienza ed esperienza M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 196.

296 Per questa critica all'agente modello *Ibidem*, 162.

presuppone, invece, una rilevanza assoluta del rischio in campo penale²⁹⁷.

Chiarito questo, non si tratta tanto di anticipare nel fatto oggettivo aspetti della colpevolezza per equilibrare la tutela del bene con esigenze di personalizzazione, quanto di costruire in via oggettiva il rischio penalmente criminalizzato.

L'esempio del medico generico / medico specialista può chiarire il punto. La regola cautelare costruita in base all'agente modello serve a stabilire un criterio sociale accettabile di comportamento in ordine ai doveri di conoscenza e informazione, tale da non bloccare il ruolo del medico generico. Se quel medico non aveva il dovere di riconoscere una patologia che, in concreto, è stata preconditione eziologica della morte del paziente, egli non ha violato alcuna regola cautelare e non ha integrato il fatto tipico colposo, perché il rischio in discussione è ammesso dall'ordinamento. Se il medico è specialista e non riconosce quel rischio, ma ha agito nel ruolo del medico generico, l'esito non può cambiare.

Le *capacità superiori*, che incidono sulla prevenibilità dell'evento, ovvero sulle determinazioni comportamentali idonee, *ex ante*, ad annullare quel giudizio di prevedibilità compiuto alla stregua dell'agente modello integrato con le superiori conoscenze del soggetto agente, rimangono irrilevanti fintanto che l'ordinamento valuta le capacità dell'agente ideale sufficienti a riportare il rischio ad un livello di accettabilità sociale. Si imputerebbe, altrimenti, al concreto soggetto agente, la realizzazione di un rischio d'azione penalisticamente irrilevante.

Secondo questa ricostruzione, usi, consuetudini, comportamenti adeguati, segnano innanzitutto il limite del c.d. *dovere di prevedere*, inteso come dovere di acquisire informazioni, e non valgono invece a segnare il precetto comportamentale/modale su come il soggetto deve agire, su quali cautele intraprendere. Viene così tracciato il confine tra tipicità penale e libertà. E' il comportamento inadeguato, fuori dagli schemi, a fondare un particolare dovere di attenzione, che diverrà colpa solo se in concreto si manifesterà quel rischio tipico dell'inadeguatezza. In presenza di una

297 *Ibidem* per un rigetto dell'anticipazione dell'agente modello nel fatto tipico, ove l'Autore propugna una regola cautelare uguale per tutti, aderendo così all'impostazione di Mantovani. Aderire alla miglior scienza ed esperienza significa elevare a fonte del diritto penale anche la conoscenza di una sola persona: lo scopritore, il perito. La miglior scienza ed esperienza mantiene, invece, a nostro parere, pieno valore nell'evitabilità, quando occorre verificare la capacità in concreto impeditiva del comportamento diligente.

condotta “adeguata” secondo un giudizio sociale che non lasciasse prevedere un rischio concreto, il fatto rimane atipico.

Anche nelle c.d. attività pericolose ma giuridicamente autorizzate, meglio definibili come attività che possono essere portate avanti nonostante la persistente prevedibilità dell'evento, il dovere di diligenza, nei due aspetti del dovere di riconoscere il pericolo e di prevenirlo, svolge la medesima funzione garantistica; muta, semmai, l'incidenza del dovere in punto di identificazione del nucleo incomprimibile dell'attività e della soglia di rischio che assume rilevanza penale, in ragione della normativa dedicata ai settori via via interessati e delle relative regole cautelari scritte.

4.2. Riepilogo sui rapporti tra illecito colposo e libertà.

In conclusione, premeva qui evidenziare come, alla base della costruzione del fatto tipico colposo, vi sia l'esigenza di garantire l'esercizio della libertà individuale: bene in quanto tale, e non vincolato all'utilità sociale dell'attività. Quale sia la *ratio* dei modelli colposi afferenti a particolari settori della vita, e se essi estendano o limitino il raggio d'azione della colpa, non è oggetto del presente studio.

Nella colpa specifica è apprezzabile omogeneità strutturale rispetto alla colpa generica, valutata *ex post*. La caratteristica della colpa specifica si staglia *ex ante*, come limitazione della libertà dell'individuo, a fronte della fonte che pone la regola. Salva sempre *ex post*, ai fini della colpa, la verifica che nell'evento si sia realizzato proprio il rischio insito nella regola cautelare scritta violata. E sempre con la possibilità che riemerge la colpa generica²⁹⁸.

La colpa specifica, ancora, nulla ha a che vedere con la migliore scienza ed esperienza²⁹⁹. Omogeneità strutturale tra colpa generica e colpa specifica non significa che entrambe si formano intorno alla miglior scienza, ma che entrambe “ragionano” in termini di prevedibilità ed evitabilità³⁰⁰, con la differenza che la

298 Per opinione comune, invero, la regola cautelare scritta non esaurisce le cautele in concreto richieste al soggetto agente: G. DE SANTIS, *Violazione della regola cautelare formalizzata e prevedibilità/evitabilità dell'evento alla luce di alcuni recenti arresti della VI sezione penale della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. pen.*, 2011, 11, 1104 ss; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 72 ss.

299 Così invece *Ibidem*, 191-192.

300 S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 1, 2012, 21 ss.

seconda riconosce espressa rilevanza a speciali doveri di informazione, di conoscenza e di prevenzione.

La funzione normalmente assegnata alla regola cautelare sarebbe quella di proteggere il bene giuridico. La tipicità della colpa deve invece ricercare (a differenza di quella dolosa) una mediazione interna tra libertà del singolo e protezione dei beni altrui e deve, quindi, essere ricostruita in base ad entrambe le esigenze³⁰¹.

Due sono le funzioni immediate, interconnesse, da assegnare all'agente modello, in sede di tipicità, rispetto alla funzione di mediare tra i due interessi confliggenti della libertà individuale e della tutela dei beni giuridici.

Esso svolge la fondamentale funzione di garantire la libertà d'azione dei consociati limitando la rilevanza del potere soggettivo di agire altrimenti. *L'homo ejusdem condicionis et professionis* serve ad enucleare e circoscrivere il dovere di diligenza, cioè la regola *lato sensu* cautelare, e rappresenta il tipo di agente socialmente accettabile rispetto all'attività esercitata. Nei confronti di colui che si comporta come il modello di agente, ovvero secondo il dovere di diligenza, non può rimproverarsi né la mancata adozione di comportamenti ulteriori, né la mancata astensione dall'attività.

Al contempo, la tutela del bene giuridico esposto al rischio è *minus quam perfecta*, dato che *il dovere non viene enucleato in base a tutto il rischio oggettivamente esistente*.

La seconda funzione di un criterio siffatto risiede nel fissare l'aspettativa sociale³⁰² sui comportamenti altrui, di guisa che risultino “ragionevoli” in base al settore di riferimento, in modo che alla tutela del bene giuridico messo a repentaglio possano (debbono) collaborare tutti gli attori sociali (ivi compresa la vittima, che *ex ante* ancora vittima non è).

Nell'ambito della colpa, il dovere penalisticamente rilevante viene antropomorfizzato nel concetto di agente modello perché la sua formazione risente di un criterio di

301 Sulle regole cautelari poste alla base delle attività pericolose come destinate “*a conciliare il diritto di libertà al loro svolgimento con la tutela dei terzi*” vedi F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, cit., 1999, 88.

302 Vedi per l'aspettativa M. GROTTO, *Principio di colpevolezza*, cit, 140 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio*, cit., 133 ss.

adeguatezza del comportamento, rispetto all'aspettativa sociale, che si forma in base al comportamento ripetuto, e quindi atteso, di una certa comunità sociale. Salvo l'intervento di fonti scritte che modulino diversamente questa aspettativa, implementando un agente modello di fonte discendente, costruito intorno a speciali doveri cautelari, anche in deroga alle abitudini consolidate di settore.

Con riguardo alle attività non regolamentate espressamente e quindi tendenzialmente libere, l'agente modello varia al variare della società di riferimento.

Tuttavia, lo ribadiamo, l'esistenza di un livello di rischio accettato e incarnato nell'agente modello, è il portato immediato della libertà individuale e non di un bilanciamento con ragioni di utilità sociale.

In definitiva i doveri strumentali di diligenza e l'obbligo di diligenza in sé, segnano l'area del divieto identificando il nucleo di libera azione rispetto a quella vietata; essi non comandano, invece, uno specifico comportamento.

4.3 L'astensione come concretizzazione del dovere di diligenza.

Il passaggio fondamentale verso la comprensione della colpa *in re illicita* prevede un ulteriore tassello: specificare, con riferimento alle attività genericamente consentite, funzione e significato dell'astensione quale concretizzazione del dovere di diligenza.

Abbiamo argomentato nel senso che la norma penale non può imporre l'astensione dall'attività quando esiste una regola prevenzionistica capace di elidere la prevedibilità di eventi avversi, pena altrimenti una immotivata limitazione della libertà personale. Si potrà certamente sostenere l'esistenza di un dovere di astensione da determinate modalità dell'azione, ma non da altre, o da tutte. Insomma, ove è pensabile una cautela prevenzionistica "propria" non vi è spazio per il dovere di astensione.

Senonché, si è visto, sempre per garantire la suddetta libertà d'azione, la prevedibilità rilevante nell'illecito colposo deve essere costruita secondo un parametro inferiore a quello della miglior scienza ed esperienza. Sotto questo profilo il rischio rimane tollerabile per l'ordinamento fintanto che la limitazione del dovere di prevedere non risulti superata da una conoscenza effettiva ed in concreto in capo al singolo agente. Così, per intendersi, se l'agente viola una regola integrante colpa

specifica avrà comunque l'onere di evitare l'evento tramite altre precauzioni³⁰³.

Secondo la teoria classica del rischio consentito, la liceità del pericolo si giustifica in forza del bilanciamento tra grado di rischio e utilità sociale dell'attività esercitata. Sulla rilevanza dell'utilità sociale a fondamento della libertà abbiamo già espresso le dovute riserve, nel senso che l'atto di libertà dell'uomo deve essere garantito in sé, a prescindere dalla finalità a cui è rivolto, egoistica o altruistica. Qui dobbiamo affrontare un secondo problema: capire se, nell'allocazione del rischio, possa incidere non già una valutazione ordinamentale, dell'esercizio della libertà da parte del soggetto, in termini di positività o neutralità/indifferenza, ma una *valutazione in termini di negatività/intollerabilità sociale*, veicolata da una norma penale che espressamente vieti quell'atto di libertà.

Due sono le ipotesi.

La prima, concerne i casi in cui l'ordinamento vieta una determinata condotta in funzione cautelare, per prevenire in modo più intenso determinati rischi, senza lasciare alcun spazio ad un dovere modale di diligenza; qui l'ordinamento non tollera che possano verificarsi casi di discrepanza tra il rischio oggettivamente esistente e quello prevedibile ad opera dell'agente modello e si risolve imponendo, ancor prima, l'astensione dalla condotta³⁰⁴. Siffatta regola costituisce indubbiamente una limitazione della libertà dei consociati, si caratterizza per una struttura a pericolo astratto o presunto, e resta legittima fintanto che resista ad un giudizio di ragionevolezza avuto riguardo alla pregnanza della situazione base. L'astensione non potrà riguardare la generica attività umana ma solo attività tipizzate nel contesto sociale nel senso di una certa pericolosità base, non sempre conoscibile tramite l'implementazione di speciali doveri informativi. La violazione del dovere di astensione integra il disvalore penalistico proprio di quella norma, differente dal reato colposo d'evento, che vieta di tenere la condotta, mentre in relazione al disvalore di azione dell'illecito penale colposo d'evento, quella norma penale assume il valore di regola cautelare scritta integrante colpa specifica e ne segue la sorte. In particolare, la colpa specifica, segnalando situazioni standard di pericolo, fonda in

303 Sulla derogabilità della norma cautelare specifica M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit. 84.

304 Cfr. D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, 178-179; F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 233 ss.

capo all'agente concreto – ovvero costruisce l'agente modello secondo - speciali doveri di previsione e di prevenzione³⁰⁵. Così ad esempio, rispetto alla guida in stato di ebbrezza, reato che vieta di condurre veicoli sotto l'effetto di sostanze alcoliche, la violazione del dovere di astensione fonda il disvalore penale tipico dell'illecito contravvenzionale; d'altro canto l'eventuale causazione di un incidente mortale, a seguito della violazione del dovere di astensione, oggi peraltro ricondotto alla fattispecie del c.d. “omicidio stradale aggravato” ex art. 589 *bis* comma 3, sarà imputabile per colpa specifica soltanto quando in esso si sia realizzato il rischio insito nella regola cautelare violata³⁰⁶.

La seconda ipotesi – con la quale ci caliamo direttamente nell'ambito problematico della colpa in attività illecita - concerne le norme penali dolose che vietano determinate condotte in sé, in quanto direttamente offensive di beni giuridici. Qui l'obbligo di astensione dall'attività base, posto dalla fattispecie penale dolosa, è privo di funzione cautelare.

Se l'esercizio della libertà da parte del singolo soggetto agente è in concreto riprovato dall'ordinamento penale, non si apprezza con immediatezza l'esigenza di costruire una fatto tipico colposo funzionale a garantire spazi di libera azione. Con riguardo alla colpa *in re illicita* potrebbe quindi sostenersi che, proprio il radicale divieto dell'attività base, comporti una cambio di paradigma rispetto alla colpa *in re licita*. In particolare, il fatto tipico colposo potrebbe pretendere sempre l'astensione in quanto non vi sarebbe alcuna ragione di legittimare modalità alternative di osservanza del

305 Dal punto di vista della fattispecie colposa d'evento, che richiama la regola cautelare scritta dell'astensione, il dovere di diligenza si potrà ancora sostanziare nella libertà d'agire quando il dovere di astensione viene costruito secondo lo schema del pericolo astratto, verificabile in concreto da parte dall'agente modello; viceversa permarrà un dovere di astensione imposto anche, dalla norma penale del reato d'evento quando lo schema del divieto base segue il pericolo presunto e si fonda sulla inconoscibilità, nonostante una particolare cautela, delle fonti di rischio normalmente presenti nella situazione di vita considerata. Ovviamente, l'illecito colposo si materializzerà esclusivamente dopo il controllo *ex post* circa la realizzazione del rischio nell'evento

306 così, se Tizio provoca la morte di Caio, tamponando l'auto da quest'ultimo condotta in virtù di un guasto all'impianto frenante dell'autovettura, ben prevedibile in ragione di univoci segnali che da tempo si manifestavano, ed occorso nonostante il pieno rispetto della distanza di sicurezza e la pronta attivazione dei freni, a nulla rileverà la circostanza che il conducente fosse in stato di ebbrezza alcolica e la colpa andrà ricercata intorno alla mancata riparazione dei freni, con riconduzione della fattispecie all'omicidio colposo (o al più di omicidio stradale semplice ex art. 589 *bis* comma 1). Sulla nuova fattispecie vedi, per un primo commento, D. D'AURIA, *Omicidio stradale: prime osservazioni*, in *Dir. pen proc.*, 4, 2016, 432 ss.

dovere di diligenza, attraverso l'impiego di cautele modali, di per sé meno efficienti³⁰⁷.

In re illicita, ove in concreto manca la libertà di base, potrebbe ammettersi una disciplina che vieti ogni forma di rischio, accollandolo per intero al soggetto agente, di guisa che l'evitabilità dell'evento risiederebbe già nell'astensione ?

Riteniamo che l'evitabilità del fatto colposo, intesa qui come dovere del soggetto agente di conformare il proprio comportamento a determinate cautele, non possa subire mutamenti *in re illicita* in ragione della sola illiceità della condotta base e che, anche in questo contesto, il dovere di diligenza lasci all'agente facoltà di scelta tra cautela modale ed astensione.

Sotto il profilo tecnico dogmatico, la ragione di questa conclusione risiede nel fatto che la direzione finalistica impressa dal soggetto alla propria condotta, fintanto che egli non voglia l'evento tipizzato dalla fattispecie penale colposa, rimane al cospetto della medesima fattispecie irrilevante. *L'illecito colposo non deve infatti atteggiarsi diversamente in ragione della meritevolezza o meno dell'interesse perseguito dal consociato nell'esercizio della libertà.*

Sotto il profilo politico criminale risiede nella considerazione che, a dispetto delle illusioni, a livello di norma generale ed astratta, *la regola dell'astensione non si presenta maggiormente idonea alla protezione di beni giuridici rispetto all'adozione di regole cautelari modali, di guisa che non ha alcun senso pretendere, nelle situazioni illecite, di prevenire quella quota di rischio normalmente irrilevante.*

Intendiamo dire che, se sotto il profilo statico ed *ex post*, il comportamento alternativo costituito dall'astensione appare sicuramente funzionale ad evitare la causazione dell'evento *hic et nunc*, sotto il profilo dinamico e dal punto di vista *ex ante*, l'astensione non assicura una prevenzione maggiore rispetto ad una cautela c.d. "propria". Invero, a ben vedere, l'eventuale dovere di astensione imposto dalla norma penale si traduce, immancabilmente, nell'indurre il soggetto a direzionare altrove la propria libertà e, con essa, il relativo rischio non criminalizzabile. Da un punto di vista naturalistico, l'astensione non si risolve nell'immobilizzazione dell'individuo.

³⁰⁷ Come già detto, infatti, le regole modali sono costruite tramite il ricorso a parametri inferiori alla miglior scienza ed esperienza, di modo che non escludono il persistere di un rischio sotto il profilo oggettivo.

Questa quota di rischio rimane insomma penalmente irrilevante, sotto il profilo della fattispecie colposa di evento, a prescindere dalla qualifica dell'attività base in termini di liceità o illiceità offerta da norme diverse da quella afferente al reato colposo d'evento³⁰⁸.

Addirittura, il rischio creato dall'individuo con l'astensione dall'attività illecita, potrebbe essere ben maggiore, e comunque lecito, rispetto a quello insito nello svolgimento del reato base.

Considerato che questo rischio rimane lecito, non per l'utilità sociale, ma perché funzionale alla libertà individuale, viene confermato come *in re illicita* l'ordinamento non abbia alcun interesse a bloccare la manifestazione, con un dovere di astensione, per deviarlo altrove.

Insomma, un ordinamento che vietasse *a priori* tutto il rischio insito in un'attività, soltanto perché illecita in sé, lungi dal proteggere in modo più profondo i beni giuridici, persisterebbe, con riguardo all'ascrizione al soggetto agente di quella quota di rischio rispetto alla quale, nelle situazioni normali di vita, non esiste un dovere di previsione e schermatura, nella logica del *versari in re illicita*. Verrebbe così violato in uno il principio della responsabilità penale per fatto proprio ed il principio di colpevolezza, in quanto nell'evento non si manifesterebbe il disvalore tipico dell'azione colposa.

5. IL DISVALORE DI EVENTO DELL'ILLECITO COLPOSO. EVITABILITÀ E COMPORTAMENTO ALTERNATIVO LECITO.

Il disvalore di azione non è ancora sufficiente ad integrare il fatto tipico colposo, occorrendo altresì, come noto, l'integrazione del disvalore di evento. Nell'evento si deve realizzare lo specifico rischio tipico contenuto nella violazione della diligenza. Si tratta di accertare in concreto, rispetto all'evento, oltre al nesso di causalità materiale con la condotta, anche il nesso di rischio con la colpa (la c.d. causalità della colpa)³⁰⁹.

308 Con riguardo alle qualifiche di illiceità dell'attività base, incide sulla rilevanza penale del rischio, nell'ambito della fattispecie colposa d'evento, soltanto quella norma che, avendo funzione cautelare, viene richiamata quale elemento di colpa specifica e conforma diversamente lo spettro del dovere di diligenza.

309 La necessità del disvalore di evento, unitamente al rigetto della concezione dell'evento quale mera

Almeno due sono gli accertamenti necessari per evitare che venga punita la mera violazione della diligenza, perpetrandosi così un modello di *versari in re illicita*: verificare che l'evento cagionato rientri nello *scopo preventivo* della regola di diligenza violata; accertare l'evitabilità dell'evento per mezzo del *comportamento alternativo lecito*. I due riscontri *ex post* non sono tra loro equivalenti³¹⁰.

Quanto allo scopo della norma, trattasi di accertare, tramite ordinaria attività ermeneutica, l'appartenenza del risultato materiale al giudizio di prevedibilità e di prevenibilità formulato *ex ante* dall'agente modello (in altre parole, all'area di rischio coperta dall'illecito penale)³¹¹. Ad esempio, rispetto ad un passaggio con semaforo rosso, rientra nello scopo della norma violata la collisione con altro veicolo che impegna l'area di intersezione transitando con luce verde, ma non il ferimento del passante per lo schizzare improvviso di un sasso dalla sede della carreggiata dovuto al passaggio dell'automobile (seppur da un punto di vista di condizionalistico, se il soggetto non fosse transitato con il rosso, avrebbe certamente evitato il ferimento del passante)³¹².

Quanto all'efficacia prevenzionistica in concreto del comportamento alternativo lecito, costituisce un riscontro che logicamente segue quello dello scopo della norma e che mira ad accertare, secondo un giudizio *ex post* a base totale, l'efficacia effettivamente salvifica della regola cautelare³¹³.

Il fallimento del giudizio di prevedibilità ed evitabilità formulato *ex ante* dall'agente modello può risiedere nella peculiarità del caso concreto che fuoriesce dal doveroso dominio del soggetto agente. La possibile inefficacia della regola cautelare è peraltro connaturata allo scarto esistente tra la base ontologica e nomologica del momento

condizione obiettiva di punibilità, è dato ormai acquisito nella letteratura in tema di colpa. Per tutti D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 128 ss.

310 Per la differenza tra concretizzazione del rischio (scopo della norma) e rilevanza del comportamento alternativo lecito (prevenibilità in concreto) M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 254-255; G. FORTI, *Colpa*, cit., 426. In realtà la concretizzazione del rischio corrisponde all'efficacia del comportamento alternativo lecito.

311 Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 346-347; Per approfondimenti sul criterio della realizzazione si rinvia a G. FORTI, *Colpa*, cit., 418 ss.

312 Trattasi di esempio classico, per questo e altri vedi F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 384 ss.

313 Sulla evitabilità dell'evento F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., 347, il quale riconduce la non punibilità, sul piano dommatico, o all'assenza di colpevolezza o, volendo aderire alla tesi dell'imputazione oggettiva, al mancato aumento del rischio; Sul giudizio *ex post* a base totale vedi anche M. ROMANO, *Commentario*, cit., 381; Particolarmente approfondito il tema del comportamento alternativo lecito sempre in G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 660 ss.

formativo della regola (*ex ante* ed a base parziale) e l'accertamento in merito alla sua oggettiva efficacia (*ex post* a base totale). Si pensi alla regola cautelare che impone di mantenere una certa distanza di sicurezza tra i veicoli in marcia, il cui rispetto non avrebbe comunque evitato il tamponamento fatale per un imprevedibile – secondo il metro del guidatore modello e del proprietario di autovettura modello - guasto all'impianto frenante della vettura tamponante³¹⁴. Comunque, il fallimento in concreto della regola cautelare violata dal soggetto agente esclude la colpa solo quando il decorso causale alternativo produttivo dell'evento non fosse, a sua volta, prevedibile ed evitabile da parte dell'agente modello, venendo altrimenti in gioco altra e diversa regola cautelare³¹⁵.

La verifica dello scopo della norma e dell'efficacia del comportamento alternativo lecito afferiscono al tema della realizzazione del rischio nell'evento, al nesso di rischio tra colpa ed evento, alla causalità della colpa, e riguardano la tipicità del fatto colposo³¹⁶.

314 Ipotizzando che il proprietario dell'automobile avesse appena fatto riparare l'impianto frenante da un affidabile meccanico, il quale per imperizia avesse proceduto erroneamente, applicando il metro della miglior scienza ed esperienza si dovrebbe giungere a dichiarare il guidatore non responsabile esclusivamente per difetto di colpevolezza qualificando comunque la sua azione come illecita. Tuttavia, se la preoccupazione risiede nel garantire la punizione del meccanico negligente, non sembra affatto necessario postulare l'illiceità della condotta dell'automobilista. Esempio simile: se il guidatore non stava rispettando la distanza di sicurezza e si accerta che il rispetto sul punto della normale diligenza avrebbe, nonostante il guasto ai freni, evitato la collisione, ci si dovrà interrogare ancor prima sulla finalità cautelare della distanza di sicurezza, se è tesa a prevenire esclusivamente le collisioni dovute ad errori degli automobilisti o anche a improvvisi guasti meccanici; nel primo caso si dovrebbe ritenere che l'evento, benché collegato causalmente con la condotta e benché impedibile attraverso il rispetto della diligenza, non rappresentasse la concretizzazione del rischio illecito. Per l'impostazione del problema sotto il profilo della competenza per il rischio, con riguardo all'esempio dell'elettrauto che non sostituisce le gomme lise dell'autovettura del cliente, il quale in seguito provoca un incidente mortale, vedi M. DONINI, (voce) *Imputazione oggettiva*, cit., 676 ss.

315 Cfr. G. FORTI, *Colpa*, cit., 684.

316 Vi è poi un altro concetto di evitabilità dell'evento, la cui ammissibilità è discussa in dottrina, che non riguarda propriamente un problema di nesso di rischio tra colpa ed evento. Si tratta delle situazioni in cui è ben presente il collegamento tra rischio “non consentito” ed evento, ma quell'evento si sarebbe comunque verificato per il ricorrere di una causa alternativa ipotetica. Non ci si riferisce al caso in cui l'evento venga effettivamente cagionato da una serie causale autonoma, ma a quello in cui esso si sarebbe comunque realizzato in via ipotetica. Riteniamo che quest'ultima ipotesi non attenga al tema dell'illecito colposo, che si può dire integrato a prescindere di una modalità alternativa della condotta che stava alla finestra, una volta che sussista la realizzazione del rischio nell'evento, e la cui soluzione dipende da considerazioni di politica-criminale che fuoriescono dalla presente ricerca. Si pensi al caso dell'operazione chirurgica infausta ove il paziente muore per l'errata manovra del medico, si accerti che il corretto atto terapeutico avrebbe impedito quel decesso del paziente, e pur tuttavia egli sarebbe comunque deceduto pochi minuti dopo la fine dell'operazione per il crollo del soffitto dell'ospedale. Sulla irrilevanza delle cause alternative ipotetiche, per lo meno quando costituiscono in un fatto umano altrui, lecito o illecito, vedi M. ROMANO, *Commentario*, cit., 376. Per il rigetto della

Concentrandosi sul concetto di evitabilità / efficacia del comportamento alternativo lecito che afferisce direttamente alla tipicità del fatto colposo, il dibattito ruota attorno al grado di evitabilità sufficiente. Secondo taluno rileva soltanto la sicura evitabilità dell'evento³¹⁷, mentre secondo altra opinione sarebbe sufficiente accertare che la regola di diligenza avrebbe diminuito il rischio dell'evento, aumentando la possibilità di salvataggio del bene giuridico³¹⁸.

Abbiamo visto che può esistere uno scarto tra regola di diligenza colposa e comportamento effettivamente impeditivo dell'evento (questo peraltro accade anche per chi parte dal criterio della miglior scienza). *Ex post* nell'evitabilità andrà preso a base del giudizio tutto il sapere scientifico.

Ci pare che il problema di diritto sostanziale penale concerni essenzialmente il termine di riferimento dell'evitabilità, se l'evento in concreto, o il rischio³¹⁹.

Secondo la tesi dell'aumento del rischio, occorre che la condotta negligente del soggetto agente abbia, rispetto al comportamento alternativo lecito, quanto meno incrementato la possibilità di verificazione dell'evento, mentre non sarebbe necessario accertarne l'impedibilità in concreto. Così, ad esempio, rispetto ad un intervento medico con esito infausto, portato avanti in violazione delle *leges artis*, per il giudizio di colpa non sarebbe necessario accertare che il rispetto delle regole cautelari avrebbe con certezza impedito la morte, ma soltanto che avrebbe aumentato la probabilità di successo dell'intervento.

Il rischio aumentato rilevante può essere soltanto quello “non consentito” a nulla rilevando un incremento della probabilità dell'evento che rimanga nell'alveo del rischio ammesso³²⁰. Note le critiche all'impostazione, accusata di trasformare, in tal

rilevanza di cause alternative autonome soltanto ipotetiche vedi G. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 270 ss. ove critica la tesi di Arthur Kaufmann tesa ad importare nel diritto penale le c.d. cause ipotetiche di danno di derivazione civilistica.

317 Per un grado prossimo alla certezza: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 347-348; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale*, cit., 329 ss.

318 M. ROMANO, *Commentario*, cit., 380; M. DONINI, *Imputazione*, cit., 109 ss.

319 Diversa questione è quella dello standard probatorio sufficiente, sotto il profilo processuale, per ritenere accertato il fatto oggetto di verifica. Un conto è affermare *che cosa* il processo penale deve accertare, ed in questo senso è compito del diritto penale sostanziale indicare se il fatto rilevante sia l'impedimento dell'evento o la diminuzione del rischio; altro è affermare *come* il processo penale lo deve accertare, quale sia lo standard probatorio per ritenere formata, intorno a quel fatto, la verità processuale.

320 M. ROMANO, *Commentario*, cit., 378.

modo, i reati colposi d'evento in reati di pericolo³²¹.

Lo schema in parola, tuttavia, appare l'unico adottabile almeno nei settori governati da c.d. regole cautelari improprie³²², ove la cautela non garantisce una efficacia impeditiva prossima alla certezza lasciando residuare una prevedibile quota di rischio; in questo contesto caratterizzato, si dice, dal fatto che il dovere di diligenza è diretto non alla eliminazione del rischio ma esclusivamente ad un suo contenimento, non si potrebbe utilmente utilizzare il criterio della evitabilità dell'evento, di per sé non assicurata dalla regola cautelare³²³.

In realtà, occorre distinguere a seconda che l'intrinseca "fallibilità" della regola cautelare dipenda da dati conoscitivi implementabili *ex post* o da un'incertezza scientifica di base: nel primo caso, ove *ex post* è possibile comprendere la dinamica dell'evento e riempire quei vuoti conoscitivi fondanti il carattere "improprio" della regola cautelare, non vi sarebbe motivo per differenziare l'accertamento dell'evitabilità rispetto al modello che si ritiene di adottare per le regole cautelari proprie. Se invece anche *ex post* non è possibile stabilire con ragionevole certezza l'efficacia salvifica della cautela violata, e proprio in ragione di questo difetto di conoscenza era posta la regola cautelare *ex ante*, comunque idonea ad abbassare il rischio, potrebbe essere sostenibile il ricorso ad un canone meno stringente di evitabilità in concreto.

Emerge poi un secondo problema circa la rilevanza del c.d. comportamento alternativo lecito, attinente ai criteri selettivi, in presenza di più regole cautelari adottabili dal soggetto agente, di quella in base alla quale valutare l'evitabilità in concreto dell'evento.

Si ritiene, per quanto già detto, che ai fini della fattispecie colposa tutti i

321 vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 180. Sui rapporti tra nesso causale e rischio vedi G. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2, 2016, 670 ss.

322 Per il problema della efficacia impeditiva delle regole cautelari improprie vedi anche M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 217 ss. il quale peraltro non sembra centrare appieno il problema. Il punto è evitare che il soggetto risponda per *versari in re illicita* e quindi occorre che la violazione della regola impropria abbia effettivamente cagionato l'evento. Occorre allora verificare la *ratio* della c.d. improprietà della regola: se essa dipende da una incertezza scientifica e da mera osservazione statistica, quindi non si spiega il motivo della sua capacità impeditiva, forse la sua adozione non potrà essere assunta nel reato d'evento colposo, mentre se dipende da carenze informative colmabili *ex post* queste dovranno essere verificate nel processo per vedere se effettivamente il rispetto del comportamento alternativo lecito avrebbe impedito l'evento con il medesimo grado di quelle proprie.

323 Cfr.: P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 27 ss.

comportamenti alternativi, in quanto “leciti”, nel senso idonei a far venire meno la prevedibilità dell'evento, devono ritenersi equivalenti, a prescindere da giudizi di valore afferenti al singolo comportamento. L'agente modello potrà quindi scegliere quanto vicino arrivare all'evento fintanto che lo ritenga prevenibile³²⁴. Nulla peraltro esclude che il dinamismo situazionale imponga, nell'avvicinarsi all'evento, ulteriori doveri strumentali, informativi e confermativi. Il limite penalisticamente rilevante rimane il “pericolo” di lesione quale momento offensivo che può giustificare una limitazione della libertà. Pericolo che, dal punto di vista dell'agente modello, non sussiste fintanto che egli ritenga l'evento prevenibile con ragionevole certezza.

E' allora sufficiente che, tra le cautele implementabili, almeno una riveli *ex post* la sua inefficacia (inefficacia non doverosamente riconoscibile *ex ante*) per escludere la realizzazione del rischio nell'evento.

In questo senso l'accertamento dell'efficacia impeditiva andrà svolto con riferimento a quel comportamento alternativo lecito che, secondo il giudizio dell'agente modello, rappresentava condotta sufficiente a riportare il rischio ad un livello di irrilevanza penale.

324 Sul tema vedi G. FORTI, *Colpa*, cit., 714 in particolare nota 125.

CAPITOLO IV

RICOSTRUZIONE DELLA COLPA IN ATTIVITÀ ILLECITA

1. ULTERIORI DELIMITAZIONI DEL CONCETTO DI ATTIVITÀ ILLECITA.

Nel primo capitolo abbiamo proposto una prima delimitazione degli istituti riconducibili alla tematica della colpa in attività illecita sulla base del criterio dell'astratta riconducibilità, del fenomeno regolato, all'art. 43. Tutte le ipotesi codicistiche di responsabilità *in re illecita* tipizzano il “voluto” tramite il richiamo alle fattispecie penali dolose di parte speciale.

Dopo aver trattato dei rapporti tra rischio consentito e colpa, dobbiamo ora giungere alle conclusioni in ordine ai rapporti tra colpa e attività illecita. E' tuttavia opportuno completare prima l'opera definitoria del secondo termine della relazione: il concetto di attività illecita.

1.1. Specificazioni in ordine alla fonte della illiceità. La rilevanza della natura penale del divieto.

Intorno al concetto di attività base illecita si pone una prima fondamentale alternativa: rileva soltanto l'illiceità dal punto di vista strettamente penalistico o già quella di natura extrapenale ?

Si potrebbero invero verificare le correlazioni tra colpa ed attività civilisticamente illecita (es. Tizio viola un patto di non concorrenza concluso con Caio e, compiendo atti di impresa sottoposti al suddetto patto, cagiona involontariamente la morte di un uomo), tra colpa e attività vietata in via amministrativa (es. Tizio, nel dedicarsi al trasporto passeggeri in assenza della prescritta licenza taxi, investe il pedone Caio) o, infine, tra colpa e attività penalmente riprovata.

La struttura positiva del codice ci indica chiaramente che la nozione di attività illecita di nostro interesse è soltanto quella di natura penale: solo in tale ipotesi, come peraltro abbiamo già avuto modo di verificare, la disciplina della causazione di un evento non voluto viene attratta nelle norme di divergenza tra voluto e realizzato “speciali” rispetto alla colpa; al contrario, l'evento cagionato in attività illecita secondo una qualificazione soltanto extrapenale troverà il proprio paradigma

normativo di riferimento nella colpa ordinaria.

Tuttavia, quelle obiezioni di natura logica alla capacità di rendimento della colpa in area illecita, fondate sull'argomento che il divieto dell'attività base farebbe venir meno la possibilità di implementare un dovere di diligenza, sono almeno apparentemente riferibili anche ai casi contrassegnati da una illiceità soltanto extrapenale della condotta "base". Basti pensare, all'ingiuria, oggi depenalizzata³²⁵.

Chi aderisce alla tesi della *responsabilità da rischio totalmente illecito* assegna esclusiva rilevanza alla violazione di legge penale. La prospettiva adottata da questi autori, d'altronde, risiede proprio nello spiegare la deroga al modello colposo, circa l'irrilevanza del dovere di diligenza, contenuta nelle ipotesi codicistiche contrassegnate da *versari in re illicita*. Si nota poi, sotto il profilo sostanziale, come la - ritenuta - deroga alla colpa richiederebbe una sorta di riequilibrio garantistico a livello del fatto base, ottenibile, quando quest'ultimo ha penale vivenza, grazie alle esigenze di tassatività e offensività che devono guidare la tipizzazione penale³²⁶.

L'adesione ad una nozione di attività illecita di natura penale è altresì implicita in quella dottrina che, a proposito dei c.d. illeciti preterintenzionali in senso lato, distingue tra evento non voluto cagionato *in occasione* del reato, tramite l'utilizzo di schemi comportamentali normalmente consentiti (es. parcheggiare l'automobile), ed evento quale conseguenza diretta del rischio insito nella tipicità del fatto di reato base³²⁷. Sembrerebbe sottintendere una rilevanza della sola illiceità penale base anche quell'opinione che ritiene, sempre nell'ambito dei delitti aggravati dall'evento, di distinguere attività lecita ed attività illecita secondo il criterio dell'avvio del processo causale verso un evento avverso. Sotto questo specifico profilo, costituirebbe attività lecita quella che, benché realizzata in violazione di una norma, nel caso concreto non

325 Ad opera del d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016.

326 Espressamente, V. MILITELLO, *Rischio*, cit., 278 ss.

327 Cfr. S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 238. secondo l'Autore, ad esempio e correttamente, il ladro che nel parcheggiare l'automobile provochi un incidente, deve essere valutato secondo il parametro dell'automobilista modello nell'ambito, peraltro, di una qualificazione giuridica ai sensi non dell'art. 586, né dell'art. 83, ma del concorso tra illecito doloso ed illecito colposo. La medesima soluzione viene proposta per il rapinatore che, uscendo e scappando a piedi, urta un passante sul marciapiede procurandogli la morte. Per la distinzione tra risultato "occasionato" dal contesto delittuoso di base e quello direttamente dipendente dalle modalità di realizzazione del fatto doloso, ai fini dell'applicazione del 586, vedi anche V. PATALANO, (voce) *Omicidio (Dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIX, Milano, 993 ss.

inneschi alcun processo causale offensivo (guidare un'automobile in violazione dei limiti di velocità, ma in strada completamente sgombra), integrerebbe invece attività illecite quelle in cui il processo causale è avviato verso un risultato meno grave (delitti aggravati dall'evento), di guisa che l'autore non potrebbe fare affidamento in ordine al fatto che la dinamica causale non ecceda verso eventi diversi³²⁸.

Altra dottrina non enuclea un concetto autonomo di attività illecite ma distingue, all'interno della colpa, due moduli operativi differenti sotto il profilo oggettivo: uno – la colpa comune - contrassegnato dalla violazione del dovere di astensione, l'altro – la colpa speciale - dalla violazione di regole cautelari. In particolare l'area di irrilevanza delle regole cautelari sarebbe quella delle attività pericolose non giuridicamente autorizzate ma vietate già in sé o in quanto causa di un evento lesivo³²⁹. Secondo questo approccio, l'attività illecite contemplata dalle ipotesi codicistiche di divergenza corrisponderebbe alla più generale categoria delle attività non giuridicamente autorizzate, per le quali sarebbe previsto, in caso di pericolo, non l'intervento di regole cautelari, bensì il dovere di astensione³³⁰. Tuttavia, il significato che in questo contesto viene attribuito all'idea di “autorizzazione all'attività”, secondo la logica del rischio consentito, sembra appartenere al genere di attività più che alla singola vicenda storica (così, nell'esempio del tassista abusivo crediamo che, anche per l'impostazione dell'Autore, l'attività di guidare l'autovettura debba considerarsi comunque autorizzata, quindi attratta nella colpa speciale e governata da regole cautelari)³³¹.

Non sono mancate impostazioni del problema della colpa *in re illecite* assumendo come rilevante una nozione estesa di illiceità dell'attività base. Il problema della colpa in attività illecite viene così trattato anche con riferimento all'illiceità

328 Rinvenire la caratteristica dell'attività illecite nel concetto di processo causale avviato verso un risultato comunque offensivo sembra richiamare, appunto, soltanto i fatti aventi rilevanza penale. Per questa tesi e relativi esempi: G. DE FRANCESCO, *Opus illicitum*, 1012-1014.

329 Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 354 ss. ove riporta, quali esempi di attività pericolosa vietata già in sé, l'incendio ex art. 423 o la messa in vendita di sostanze alimentari avvelenate ex art. 442, e come ipotesi di attività pericolosa vietata quale causa di un evento lesivo, tutte quelle che rientrano nel paradigma degli artt. 589 e 590 (getto di sassi nel cespuglio dal quale provengono voci, accensione di un fuoco vicino a sostanze esplosive).

330 Cfr. a proposito della preterintenzione come dolo misto a colpa *Ibidem* 366.

331 Questa dottrina, invero, associa il concetto di autorizzazione alla tollerabilità di un pericolo nell'esercizio dell'attività, mentre intende le attività non specialmente autorizzate come lecite solo quando il pericolo è oggettivamente, e secondo la miglior scienza ed esperienza, assente.

amministrativo, ed all'utilizzo in concreto di attività giuridicamente autorizzate per scopi delittuosi³³², senza tuttavia fornire particolari giustificazioni di siffatta scelta metodologica. L'intento, evidente, di questa impostazione è quello di dimostrare, tramite numerose esemplificazioni, come la natura illecita dell'attività base non sia logicamente incompatibile con la colpa ordinaria potendosi rinvenire, anche in ambiti illeciti, agenti modello e regole di diligenza. Così operando tuttavia, pur nella lodevole finalità di valorizzare il principio di colpevolezza, si rischia di confondere i piani, in quanto a ben vedere si può affermare che la colpa è logicamente compatibile con l'attività illecita solo dopo aver opportunamente delimitato l'area di problematicità, per il giudizio colposo, connaturata ad un divieto concernente l'attività base.

Plurimi sono gli argomenti che consigliano di confermare, ai nostri fini, come unica accezione rilevante di attività illecita, quella penalistica ed in specie dolosa.

In primo luogo, si tratta di impostazione certamente coerente con il dato positivo codicistico, il quale conosce norme particolari, rispetto alla colpa, con esclusivo riferimento al *versari in re illicita* penale³³³.

In secondo luogo, ma il profilo è evidentemente connesso, l'approccio dalla visuale penalistica consente di mettere in luce come il fatto storico, da confrontarsi con la tutela colposa, si caratterizza più come "atto" che come attività, e come tale può anche iscriversi in una più ampia attività di per sé genericamente consentita o addirittura espressamente autorizzata³³⁴.

In terzo luogo, è nel penalmente rilevante che si manifestano le deviazioni più profonde tra attività perpetrata e modello socialmente adeguato di comportamento,

332 Vedi in particolare F. BASILE, *L'alternativa*, cit., 936 ss. ove si prodiga in vari esempi, tra i quali quello del conducente di automobile che trasporta droga o del chirurgo che opera senza il consenso del paziente. In entrambi i casi, si dice, fallita la prima norma impositiva del divieto è ben pensabile una seconda norma, di natura colposa, che comandi agli agenti di agire secondo i paradigmi del conducente modello e del chirurgo modello.

333 Questa impostazione è peraltro l'unica idonea per giungere a soluzioni non inquinate del problema dell'illecito colposo *in re illicita*. Partire da un concetto lato di attività vietata, invero, sia nel caso in cui se ne accertasse una efficacia deviante rispetto al modello colposo, sia che al contrario se ne verificasse la piena compatibilità, lascerebbe irrisolto il profilo della eventuale diversa influenza, sulla colpa, della illiceità base penalistica. L'alternativa sarebbe insomma assumere come vero, senza dimostrarlo, che ai fini della struttura della colpa vi sia indifferenza tra illiceità penale o extrapenale del fatto base.

334 Cosciché la denominazione forse più appagante è quella di colpa in atto illecito (salvo per i reati permanenti o abituali ove si potrebbe ancora ragionare in termini di attività).

ove si radicalizza il conflitto tra società e individuo.

In quarto luogo, e soprattutto, è proprio quando una attività base risulta interdetta da norma penale, con l'implicita negazione della libertà, che si apprezza l'attrito con una costruzione della colpa penale in funzione mediatrice tra tutela del bene giuridico e libertà (o rischio "consentito"). A ben vedere, nella prospettiva frammentaria del diritto penale, ove tutto ciò che non è espressamente vietato è concesso (*id est* non comporta un giudizio di stigmatizzazione penale ed un rischio per la libertà personale dell'autore in termini di pena), la necessità che il fatto tipico colposo d'evento sia costruito nell'ottica del rispetto di un nocciolo duro di libertà resiste anche a fronte di eventuali limitazioni, dell'attività base, di carattere meramente civilistico-amministrativo. Queste ultime, invero, non sono di per sé legittimate a limitare la libertà in quel modo pregnante tipico soltanto del diritto penale³³⁵. Certamente, la disciplina extrapenale di una data attività potrà trovare rilievo nel circoscrivere il dovere di diligenza penalmente rilevante, ma non pare accoglibile l'idea che possa addirittura mutarne la struttura. Così, con riguardo, ad esempio, alla attività sanzionata in via soltanto amministrativa, non si porrà quel problema sollevato da certa dottrina contraria alla configurabilità di un'autentica colpa *in re illicita*, in ordine alla incompatibilità tra precetto colposo di diligenza e precetto doloso di astensione. E' evidente come, nel caso di specie, mancherebbe quel precetto doloso che si assume entrare in conflitto con un dovere penalisticamente rilevante di agire con diligenza. Ancora, l'attività base dolosa manifesta, proprio tramite il dolo, un certo "consenso" del soggetto agente ad entrare in territorio penalmente illecito e ad esporsi a conseguenze rilevanti in termini di libertà, di guisa che è proprio questa l'area di interconnessione tra una responsabilità colposa ed una responsabilità oggettiva ma pur sempre "anomala" e non pura. Diversamente, rispetto a chi si limita a violare la legge civile o amministrativa, l'accollo di tutto il rischio creato secondo moduli integralmente oggettivi costituirebbe una radicale violazione del principio di colpevolezza anche sotto il profilo della prevedibilità di conseguenze penalmente rilevanti (v. *retro* cap. II par. 2).

335 Si permetta di non approfondire qui il significato di "sanzione penale" che, secondo le letture della CEDU, abbraccerebbe anche conseguenze formalmente amministrative ma comminate in funzione di tutela di interessi e dotate di un contenuto di afflittività.

1.2. Limitazione interna in ragione della funzione del divieto penale base: colpa in attività illecita e colpa specifica.

Non ogni fattispecie penale dolosa partecipa alla nozione di attività illecita per noi rilevante.

La colpa in attività illecita deve essere tenuta distinta dalla colpa specifica per violazione di legge penale. Il dualismo attività penalmente lecita-attività penalmente illecita nulla ha a che vedere con l'alternativa tra svolgimento di un attività in modo conforme o difforme rispetto a regole cautelari scritte (ed ovviamente anche non scritte) ad essa dedicate.

Abbiamo già chiarito come fonte dell'illiceità base possa essere soltanto la norma penale dolosa. Qui si deve ulteriormente restringere il campo esclusivamente a quelle norme penali che non abbiano funzione cautelare rispetto all'evento non voluto. Restano così fuori dalla nozione di attività illecita qui delineata gli obblighi di astensione penalmente sanzionati in vista della tutela anticipata di beni finali, quali, ad esempio, la fattispecie di guida in stato di ebbrezza o a quella di rimozione o omissione dolosa di cautele infortunistiche³³⁶.

Il punto merita un seppur breve chiarimento.

Nella colpa generica e nella colpa specifica il comportamento illecito viene determinato dalla medesima fattispecie incriminatrice colposa cosicché ivi non si pone il problema, tipico della *culpa in re illicita*, della “convergenza”, intorno al medesimo fatto storico, del disvalore proprio di un illecito doloso base e di quello insito nel fatto colposo. Laddove, viceversa, il legislatore incrimini direttamente la violazione di una regola cautelare scritta, quest'ultima avrà – rispetto al fatto colposo d'evento – un suo peculiare e autonomo disvalore, tant'è vero che, in caso di realizzazione anche dell'evento tipico non voluto, risulterà integrato un concorso di

³³⁶ Per parte della dottrina, la fattispecie ex art. 437 prevederebbe il pericolo già nella tipicità della condotta, e non in funzione di evento, afferente all'elemento della concreta destinazione degli impianti, apparecchi o segnali a prevenire disastri o infortuni sul lavoro. Cosicché il dolo abbraccia il rischio insito nella rimozione di apparecchi con concreta efficacia preventiva, mentre il pericolo per i lavoratori non costituisce evento del reato, attesa anche la conseguenza inaccettabile cui si giungerebbe, di ritenere sempre presenti il dolo eventuale o la colpa cosciente con riferimento all'evento ulteriore. Per questa impostazione S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 188-189, il quale peraltro riconduce il secondo comma della norma in parola ad una circostanza e non ad un illecito qualificato dall'evento.

reati³³⁷.

La ragione che porta ad escludere queste ipotesi dal novero delle “attività illecite” non risiede pertanto nell'impossibilità di concepire un'illiceità base differente da quella propria del fatto colposo, bensì nella circostanza che la norma penale base, se ha natura cautelare, rientra a pieno titolo tra le “leggi” richiamate ex art. 43 e partecipa all'integrazione dell'illecito colposo quale connotato di colpa specifica³³⁸.

In presenza di evento non voluto cagionato in violazione di una attività denotata come illecita da altra norma penale dolosa, occorre quindi interrogarsi sulla natura cautelare o meno del reato base; nel primo caso l'ascrizione dell'evento seguirà i percorsi classici della colpa specifica³³⁹, nel secondo caso si tratterà invece di colpa in attività illecita. Dall'area dell'attività illecita deve quindi essere esclusa tutta quell'attività "non consentita perché rischiosa" ove il divieto ha funzione cautelare rispetto ad un bene giuridico protetto.

Ma come identificare le norme penali con funzione cautelare?

Da rigettare è quella tesi che assegna a tutti reati una funzione genericamente cautelare, impostazione questa che, peraltro, porterebbe a identificare sempre la colpa in attività illecita con la colpa specifica. Quest'impostazione, adottata dalla dottrina più risalente è oggi ampiamente criticata³⁴⁰.

La dottrina ormai ammette che la funzione cautelare non appartiene indistintamente a tutte le norme incriminatrici, senza tuttavia indicare specifici criteri selettivi e rimettendosi, in definitiva, ad un attento esame della *ratio* della singola fattispecie

337 In questi casi, peraltro, quando l'evento deriva da colpa specifica, nel senso che in esso si realizza proprio il rischio vietato dalla norma penale base avente funzione cautelare, si pone un problema di *ne bis in idem* sostanziale. L'ordinamento, da un lato, sanziona autonomamente un rischio - presunto o astratto - per il bene protetto, dall'altro, in caso di realizzazione nell'evento, interviene nuovamente con altra autonoma sanzione, che tuttavia in parte ripete il disvalore proprio della norma penale cautelare. Ora, forse non è sostenibile l'integrale assorbimento della prima violazione nella seconda in quanto la prima violazione punisce il rischio di plurime e diversificate offese, mentre la seconda soltanto di quella in concreto verificatosi, manifestandosi quindi un assorbimento soltanto parziale.

338 In verità, l'equivalenza tra colpa generica e colpa specifica è ormai un dato che può dirsi acquisito dalla dottrina maggioritaria, di guisa che, anche in presenza di una regola cautelare scritta, rimane pur sempre necessario accertare i nessi tipici del fatto colposo tra la violazione della regola cautelare e l'evento, con ripudio, quindi, delle vecchie concezioni che, sulla base del mero nesso di causalità materiale con l'evento, presumevano la colpa *in re ipsa* nella violazione della regola cautelare scritta pretermettendo così il momento della c.d. causalità della colpa. Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 4 ss. e bibliografia citata dall'Autore in note 8 e 9.

339 La presenza della quale, come già notato, non esclude un rimprovero a titolo di colpa generica. 340 v. *supra* cap. I, par. 3.1. a proposito della tesi della colpa per inosservanza di leggi.

secondo gli ordinari canoni ermeneutici³⁴¹.

Si distacca da questa impostazione chi sottolinea come, a ben vedere, ogni norma penale ha per sua natura soltanto una funzione repressiva e mai preventiva. Il carattere prevenzionistico della legge non andrebbe quindi determinato in base alla “finalità” della norma, bensì alla sua struttura. In questo senso, sarebbero cautelari soltanto quelle leggi aventi la natura di regola modale, funzionale a permettere lo svolgimento dell'attività pericolosa e non alla mera interdizione di quest'ultima³⁴². Rileverebbe così il fatto che, nel vietare una condotta, la norma presupponga *a contrario* la possibilità di svolgere l'attività secondo altre modalità o presupposti³⁴³.

La conseguenza immediata insita nel ricondurre una norma penale alla categoria di regola cautelare attiene all'accertamento della colpa per l'evento che ne consegue, dato che, se la regola è cautelare, essa incide sul dovere di diligenza della fattispecie colposa mentre, in caso contrario, la norma incriminatrice base non vi partecipa affatto. In altre parole, la colpa in attività illecita deve essere valutata, quale categoria generale, come ipotesi di colpa generica, differentemente dalla violazione di una norma penale avente funzione cautelare, che richiama a nostro parere la colpa specifica³⁴⁴.

341 Richiamano la funzione cautelare: G. MARINUCCI, *Colpa*, cit., 227; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 342; F. PALAZZO, *Corso*, cit., 326; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 302-303; F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 170 ss.

342 Per questa tesi F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 237.

343 *Ibidem*, 241. Più precisamente, l'interpretazione della fattispecie, anche attraverso l'analisi della sua struttura, deve far emergere una *ratio* della regola comportamentale (non necessariamente anche della sua punizione) intesa a voler evitare un determinato rischio per i beni giuridici tutelati.

344 Sui rapporti tra colpa generica e colpa specifica, nota l'equivalenza strutturale, sempre intorno ai requisiti di prevedibilità ed evitabilità, con l'unica differenza della minor flessibilità di quelle scritte, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 164. Differenziandosi in realtà tra regole cautelare e dovere di diligenza (quindi tra diligenza doverosa e dovere di diligenza) dovremmo interrogarci se la fonte scritta pone un dovere di diligenza o segna la diligenza doverosa. Così il dovere di diligenza è posto dalla fattispecie colposa e la norma scritta, se avente natura penale, può alternativamente porre un dovere di diligenza o sanzionare penalmente la violazione di una regola di diligenza. Per la differenza tra diligenza doverosa e dovere di diligenza vedi D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 288.

2. CONCLUSIONI IN ORDINE AGLI OSTACOLI LOGICO-CONCETTUALI OPPOSTI AD UNA PIENA AFFERMAZIONE DELLA COLPA ORDINARIA IN RE ILLICITA.

Nel capitolo precedente abbiamo cercato di delineare il contenuto essenziale della misura oggettiva della colpa e la sua funzione delimitativa tra rischio penalmente rilevante e quello atipico. Privare il fatto tipico colposo della regola di diligenza (prevedibilità/prevenibilità) e dell'accertamento del nesso di rischio, restituirebbe comunque una responsabilità oggettiva.

Anche l'implementazione della prevedibilità in concreto al livello della colpevolezza, se non accompagnato da un pieno operare del criterio oggettivo della evitabilità dell'evento, non assicura un pieno affermarsi della colpa, in quanto permette, in ogni caso, di imputare al soggetto l'intero rischio insito nell'attività base, anche quello normalmente indifferente.

Vediamo adesso di rispondere alle perplessità di natura logico-strutturale sollevate dalla dottrina, in merito all'ambientazione della colpa *in re illicita* così da verificare finalmente possibilità e senso di una autentica colpa in attività illecita.

2.1 La ritenuta incompatibilità tra dovere di diligenza e obbligo di non commettere il fatto base doloso.

Il primo argomento contrario all'ammissibilità di una colpa vera e propria in *re illicita* consiste, come abbiamo visto, nella ritenuta contraddizione in cui cadrebbe l'ordinamento se, al divieto imposto con la fattispecie dolosa, accompagnasse un obbligo di svolgere la medesima attività vietata con determinate cautele. L'argomento risente di ascendenze tipiche dell'imperativismo³⁴⁵, impostazione che identifica la norma penale come un imperativo rivolto dall'ordinamento al consociato, cosicché non si potrebbe ammettere l'esistenza di due comandi tra loro antitetici. Non avrebbe alcun senso un ordinamento giuridico che, contemporaneamente vietasse l'attività e ne imponesse l'esercizio con diligenza (es. vietare la rapina ma imporre di eseguirla con cautela per la vittima)³⁴⁶.

La dottrina favorevole alla colpa *in re illicita* risponde valorizzando la norma colposa

³⁴⁵ Per indicazioni essenziali sull'imperativismo si rimanda, ancora, alle opere già citate M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 48 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 56 ss.

³⁴⁶ A. CARMONA, *Il versari*, cit., 237-238; ID, *La "colpa in concreto"*, cit., 4592 ss.; R. BARTOLI, *"colpa"*, cit., 1049. Si tratta comunque del *Leitmotiv* della costruzione della c.d responsabilità da

come comando di secondo livello: sarebbe ben concepibile un ordinamento che, sul presupposto dell'avvenuto fallimento della prima norma, si preoccupi di richiedere al consociato almeno l'impiego di cautele nell'esecuzione del reato. Si riportano così gli esempi del medico intento ad un prelievo di rene ad uno sventurato adolescente del Quarto mondo, per scopi di trapianto, del soggetto che utilizzi un manganello per picchiare l'amante della moglie, del ginecologo che pratichi un aborto in violazione delle relative prescrizioni di legge e si sostiene che, in tutti questi casi, la norma colposa potrebbe imporre, fallito il divieto base, di utilizzare la diligenza necessaria per evitare l'evento ulteriore. Peraltro, si nota come le medesime attività possono anche venire realizzate lecitamente, così ad esempio ove il "manganellatore" sia un poliziotto che legittimamente respinga una violenza all'autorità, il chirurgo stia effettuando un intervento terapeutico consentito, il ginecologo stia effettuando l'aborto nel pieno rispetto dei requisiti di legge³⁴⁷.

Altre voci dottrinali, pur recidendo le ascendenze imperativistiche, sottolineano come ciò che della colpa resterebbe non configurabile nelle attività a base illecita, non sarebbero tanto delle cautele in via di fatto, quanto l'obbligatorietà della loro adozione. *In re illicita* resterebbe irrilevante il dovere di diligenza modale perché l'ordinamento già richiede l'astensione, mentre il dovere di diligenza colposo e le regole cautelari attengono alle attività consentite³⁴⁸.

In modo più articolato, e già se ne è dato atto, un filone interpretativo esclude la possibilità di enucleare valide regole giuridiche di diligenza soltanto con riferimento a quei divieti che pongono un dovere di astensione con funzione cautelare; la contraddizione interna all'ordinamento si realizzerebbe soltanto quando il divieto di intraprendere una attività corrisponde ad una precisa tecnica preventiva rispetto alla lesione di ulteriori beni³⁴⁹. L'autore riconnette il dovere di diligenza, inteso esclusivamente a contenuto modale, alla libertà del soggetto di tenere l'azione, libertà che sarebbe assente in presenza di un dovere di astensione, residuando in capo all'autore non l'obbligo di adottare eventuali cautele, naturalisticamente pur sempre

rischio totalmente illecito.

347 F. BASILE, *L'alternativa*, cit., 938. Dall'esistenza di una omologa attività lecita l'Autore ricava, peraltro, i riferimenti necessari alla costruzione delle *leges artis* e dell'agente modello.

348 A. CARMONA, *Il versari*, cit., 238.

349 F. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 197 ss.

configurabili, ma esclusivamente la facoltà³⁵⁰. Questa dottrina motiva in modo puntuale i termini della incompatibilità, fondandoli sulla comune funzione svolta dal divieto di svolgere attività pericolose e dal dovere di svolgerle con diligenza, costituendo essi due moduli alternativi e incompatibili di tutelare i beni giuridici a fronte del pericolo³⁵¹. Viene altresì affrontato espressamente il tema dell'ammissibilità teorica di un precetto di natura secondaria, destinato ad entrare in gioco al fallimento del primo, tuttavia questa dottrina esclude la possibilità di configurare due tecniche preventive in via subordinata e rigetta così l'idea di un obbligo residuale di diligenza³⁵². Si nota, in primo luogo, che il secondo precetto non sarebbe in grado di incrementare la prevenzione degli eventi dannosi ed anzi moltiplicherebbe i titoli di responsabilità³⁵³. In secondo luogo, vi sarebbero argomenti formali afferenti al rapporto tra fonti giuridiche nel senso che il contrasto tra queste - quella che pone il divieto e quella che sul dovere di diligenza - andrebbe sempre risolto in favore dell'astensione. Soluzione questa imposta già dal principio di gerarchia, laddove vi sia superiorità gerarchica della fonte che pone il divieto rispetto a quella sull'obbligo di diligenza o, comunque, per il principio di specialità³⁵⁴, o ancora, infine, in virtù del principio di competenza, il quale permette di sancire pur sempre, quando la fonte che pone il divieto sia funzionalmente competente a regolare quella particolare attività, la prevalenza del divieto anche ove promani da fonte sottordinata rispetto a quella che impone diligenza³⁵⁵.

Questa dottrina ammette espressamente la configurabilità *logica* di un dovere di diligenza in caso di attività vietata per ragioni diverse dalla sua pericolosità nei confronti dell'evento non voluto, restando tuttavia irrisolta l'ammissibilità sotto il profilo positivo-sistematico, da vagliare in base alle singole fattispecie³⁵⁶.

Rispetto, invece, alle attività vietate non funzionalmente dirette ad evitare il

350 *Ibidem*.

351 *Ibidem*, 198.

352 *Ibidem*.

353 Testualmente *Ibidem*, 199.

354 Essendo il divieto di svolgere una determinata attività necessariamente più ristretto rispetto alla generale possibilità di svolgimento tramite l'adozione di regole cautelari.

355 *Ibidem*, 198-200. L'autore specifica tuttavia come l'incompatibilità tra dovere di astensione e obbligo di diligenza non vale per quei doveri di astensione che in realtà configurano *a contrario* un dovere modale di agire altrimenti.

356 *Ibidem*, 204-205.

medesimo evento, questa dottrina riconosce la configurabilità del dovere di diligenza anche sotto il profilo giuridico, in quanto non si avvertirebbe quel conflitto tra astensione e diligenza quali tecniche alternative di tutela.

Giova sottolineare come, ad avviso di questa dottrina, l'illecito preterintenzionale ed i delitti con struttura preterintenzionale rappresenterebbero ipotesi di divieto con funzione cautelare, i quali non potrebbero conoscere un autonomo dovere di diligenza. In particolare, con riferimento a questi ultimi, l'orientamento in parola vi identifica quelli la cui *ratio* risiede proprio nell'impedire l'offesa ulteriore rispetto a quella base³⁵⁷. Tuttavia, tale orientamento, nella sostanza, pare richiamare la tesi della colpa specifica per inosservanza di legge. Conclusione, questa, non raggiunta dall'Autore soltanto in virtù alla previa separazione concettuale tra colpa e dovere di astensione. In realtà, non sembra che separare il dovere di astensione dal dovere di diligenza modale faccia venire meno i profili problematici dei rapporti tra colpa e responsabilità oggettiva. Questa ricostruzione invero, e se non andiamo errati, esclude le ipotesi di divieto di svolgere l'attività base per finalità preventive dal novero della "colpa" in quanto intende quest'ultima esclusivamente caratterizzata da regole modali di comportamento e, quindi, non integrata dalla violazione di un divieto di agire in funzione cautelare. Tuttavia, aderendo a chi intende il dovere di diligenza come esteso anche al divieto cautelare di iniziare un'attività, quella descritta sarebbe riconducibile, in caso di causazione dell'evento, ad una ipotesi di colpa specifica.

A ben vedere, il *punctum pruriens* della configurabilità della colpa *in re illicita*, sotto il profilo del dovere di diligenza, non risiede nella presunta contraddizione in cui cadrebbe l'ordinamento o nella inaccettabilità di un precetto di secondo grado, subordinato alla violazione del primo, che imponga il dovere di diligenza³⁵⁸; né ruota attorno alla ipotetica inesistenza di cautele di tipo fattuale, ammesse pacificamente in qualunque situazione di vita anche dai detrattori della colpa *in re illicita*³⁵⁹.

La questione risiede tutta nei rapporti tra dovere di diligenza ed il segmento della

357 *Ibidem*, 370-371. L'Autore afferma che la *ratio* preventiva va accertata caso per caso. Rispetto alla vita e integrità fisica, ad esempio, vi include il reato di rissa ed esclude il sequestro di persona.

358 Nel senso dell'ammissibilità di un precetto di secondo grado F. BASILE, *La colpa*, cit., 250-251 e più espressamente Id, *L'alternativa*, cit., 937.

359 Affermazione condivisa nella dottrina contraria alla manifestazione della colpa in area illecita.

regola cautelare attinente alla *prevenibilità*.

L'attrito logico normativo tra obbligo di diligenza e attività illecita si manifesta quando la cautela violata avrebbe imposto di agire, per prevenire l'evento, secondo le note di tipicità del fatto base doloso. In altri termini, il vero contrasto ordinamentale con il dovere modale di diligenza si manifesta quando ad essere penalmente illecita *non è l'attività base nella quale si origina il rischio, ma la condotta prevenzionistica* dotata di efficacia cautelare.

Identificata l'attività dell'individuo come quella diretta ad un risultato, l'atto penalmente illecito – e la sua alternativa cautelare – possono talvolta apprezzarsi come modali rispetto all'esercizio della libertà (es.: se Tizio vuole ottenere da Caio un atto di disposizione patrimoniale, la condotta di truffa, di estorsione, o il passaggio tramite leciti schemi negoziali, possono configurarsi come alternative “modali” rispetto all'attività esercitata ed è quindi configurabile un comportamento alternativo che non costituisce reato base); altre volte la finalità rimane illecita (vedi le fattispecie penali a forma libera) cosicché non si apprezzano alternative modali che non integrino il reato base (ad esempio, se Tizio vuole ferire Caio, non esiste un comportamento prevenzionistico che non consista pur sempre nel ferire, semmai con diverse modalità)³⁶⁰.

Il vero senso della contraddizione ordinamentale si apprezza quando *la regola cautelare integrerebbe in sé condotta tipica di reato*³⁶¹. Ciò si realizza “tipicamente”, ad esempio, nei casi di omicidio preterintenzionale, dove la regola cautelare, colpisci con cautela (ovvero più piano, altrove), dal punto di vista *storico* corrisponde pur sempre ad atto diretto a percuotere o cagionare lesione; ancora, in caso di rapina seguita da morte, il “rapina con cautela”, ove si radichi su una diversa modulazione della violenza o della minaccia, implica comunque il compimento di un segmento di tipicità del reato base.

La dottrina che ammette la configurabilità di un obbligo di diligenza *in re illecita* non sembra rispondere a tono a questa obiezione, quando si limita a sostenere che la

360 Non interessano ora i criteri per individuare quale sia la “finalità” di riferimento rispetto alla pensabilità di alternative modali non integranti la fattispecie dolosa: lo stesso ferire una persona, ad esempio, potrebbe essere inteso come facente parte di una più ampia finalità, ad esempio, estorsiva.

361 Vedi per spunti M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 65.

regola di diligenza viene molto oggettivizzata e costruita secondo il criterio della sola prevedibilità oggettiva, secondo l'uomo medio o normale, arricchito dalle conoscenze dell'agente concreto³⁶²; non spiega, invero, il ruolo autonomo che avrebbe, a questo punto, la prevenibilità.

Del pari non soddisfa la replica che insiste sulla possibilità di “pensare” delle cautele anche in territorio illecito da ritenersi pur sempre imposte anche *in re illicita*³⁶³, in quanto non affronta il punto problematico della illiceità della condotta preventiva e rimane affermazione apodittica. Non risolutivi appaiono ancora, sotto questo aspetto, i richiami al principio di uguaglianza o al principio di colpevolezza³⁶⁴.

Riteniamo effettivamente che l'incompatibilità tra “doverosa” regola cautelare e illiceità base del comportamento prevenzionistico costituisca aporia soltanto apparente, ma sotto altro profilo. La norma colposa non impone mai *tout court* un determinato comportamento prevenzionistico, non lo qualifica come doveroso, ma rimette al soggetto agente la scelta³⁶⁵. Peraltro, anche a voler ritenere che dalla fattispecie colposa derivi un vero e proprio dovere comportamentale, questo resta indubbiamente subordinato alla libera decisione del soggetto di continuare nell'attività. Egli potrà così sottrarsi al dovere modale scegliendo di astenersi dall'azione base o eleggendo altra modalità lecita. Non risulta mai apprezzabile, quindi, un vero e proprio “comando” di azione.

A ben vedere, peraltro, l'oggettività della colpa contiene, più che un vero e proprio dovere, un limite alla libertà, nel senso che la sua funzione è delimitare la libertà individuale in funzione del pericolo.

La norma colposa e quella dolosa, insomma, *non possono essere viste come regole di diverso livello, ma come due norme differenti che operano contestualmente.*

362 S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 122.

363 A. BONDI, *I delitti aggravati*, cit. 201.

364 Per gli argomenti fondati (anche) sui principio di colpevolezza e di eguaglianza F. BASILE, *La colpa*, cit, 249 ss.

365 Qualificano la regola cautelare come onere non soltanto coloro che collocano la colpa nella colpevolezza, ma anche parte della dottrina che alberga la regola cautelare nel fatto tipico. Nel primo senso vedi G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 427 ss.; nel secondo senso L. CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 501 ss.; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 431 ss. Per la notazione secondo cui, ove la regola cautelare venisse intesa come onere, non si potrebbe ravvisare alcuna contraddizione tra divieto di tenere la condotta dolosa base e obbligo di realizzarla con cautela F. BASILE, *La colpa*, cit., 248.

In effetti, intendere la norma penale colposa come norma di secondo grado non ha senso con riferimento a quelle attività che sono vietate per ragioni diverse dalla loro pericolosità. La frammentarietà del diritto penale rinnega l'idea che esista un unico precetto penalistico proveniente da una fonte unitaria; esistono, semmai, singoli precetti, o indicazioni comportamentali, ciascuno posto dalla singola norma incriminatrice che viene in gioco. Per l'attività illecita è quindi ben possibile enucleare contestualmente il concorso di due norme penali: la fattispecie dolosa delimita la libertà in funzione di tutela del bene immediatamente aggredito, quella colposa delimita la libertà in funzione preventiva rispetto a lesioni involontarie verso beni ulteriori³⁶⁶.

Data una certa condotta storica, essa si espone, dal punto di vista penalistico, ad un giudizio “binario”, in termini di tipicità o atipicità, condotto alla stregua delle singole norme incriminatrici. Se più sono le norme incriminatrici applicabili, si verserà in ipotesi di concorso (formale) di reati. Ed al concorso può benissimo partecipare anche la fattispecie colposa d'evento³⁶⁷.

Si pensi all'ipotesi dell'uso della violenza alla persona per sottrarre la cosa mobile altrui, dalla quale segua per disavventura la morte della vittima: la medesima condotta sarà certamente tipica rispetto alla fattispecie di rapina, resta ben possibile tuttavia una diversa valutazione, attraverso un autonomo giudizio di tipicità/atipicità, rispetto alla fattispecie colposa d'evento.

2.2 La costruzione dell'agente modello in re illicita.

La ritenuta impossibilità di costruire *in re illicita* un agente modello, al quale parametrare la misura della colpa, rappresenta un'altra classica obiezione mossa alla colpa in attività illecita. L'agente modello si asterebbe già dal commettere il reato base, si dovrebbe così immaginare una sorta di delinquente modello, il che

³⁶⁶ Riprova ne sia che, sotto il profilo della persistente tipicità del fatto base doloso, non è dato un fenomeno di presunta scriminabilità del fatto perché imposto dalla norma colposa, dato che non è compito della norma colposa regolare, per profili diversi dalla pericolosità per il bene ulteriore, la liceità o illiceità del comportamento base; né per la stessa ragione, sotto il profilo delle cause di giustificazione, potrebbe venire in gioco un esercizio del diritto o adempimento del dovere, né stato di necessità (Rispetto allo stato di necessità sarebbe comunque presente l'evitabilità altrimenti dell'offesa, potendo sempre il soggetto, in quell'ottica, astenersi dalla condotta).

³⁶⁷ Sulla ammissibilità del concorso formale tra reato doloso e reato colposo, nell'ambito della colpa *in re illicita*, vedi F. BASILE, *La colpa*, cit., 267-268.

rappresenta un assurdo logico.

Il rilievo attiene, evidentemente, alla misura oggettiva della colpa e non a quella costruzione dell'agente ideale da effettuarsi, in sede di rimprovero soggettivo, allo scopo di verificare se la persona in carne ed ossa poteva omologarsi al comportamento corretto³⁶⁸. In sede di colpevolezza l'astrazione procede dal soggetto concreto verso un tipo ideale ed il medesimo procedimento potrà seguirsi in attività illecita, con riguardo al concreto soggetto agente.

L'agente modello in sede di tipicità viene ricostruito, invece, a partire dall'*homo eiusdem professionis et condicionis* corrispondente all'attività in concreto esercitata dal soggetto agente. Nell'ambito delle attività "atipiche", l'agente modello corrisponde all'uomo ragionevole, ma l'uomo ragionevole, si dice, non avrebbe commesso il reato. Prendendo invece a riferimento l'uomo medio si utilizzerebbe un parametro, non solo comunemente rigettato anche in seno alla colpa ordinaria perché fallace³⁶⁹, ma addirittura corrispondente al delinquente medio: il rapinatore medio, il sequestratore medio.

La tesi dell'impossibilità di costruire un agente modello *in re illicita*, benché suggestiva, non regge né sotto il profilo funzionale né sotto quello strutturale.

Parte della dottrina ha avuto cura di sottolineare come ogni attività umana può svolgersi sia in ambito lecito che illecito cosicché, in ogni attività umana, resta configurabile un agente modello riferito alla medesima attività immaginata in ambito lecito³⁷⁰.

La considerazione appare corretta ed è il riflesso di ragioni più profonde in ordine all'ininfluenza dell'illiceità base sulla costruzione dell'agente modello. Diciamo quindi, piuttosto, che l'illecito base "non interessa".

368 Vedi *retro* cap. I, par. 4. Sulla necessità di ricorrere ad un agente ideale per accertare la colpevolezza colposa vedi G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma* (Capitolo III), in G. Marinucci, *La colpa – studi*, Milano, 2013, 239 ss.

369 Per una sintesi sul criterio dell'uomo medio vedi M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 147-148.

370 F. BASILE, *La colpa*, cit., 280 ss. L'Autore rileva inoltre come il riferimento al comportamento che avrebbe tenuto un "agente modello" viene effettuato normalmente, in giurisprudenza, con riguardo ad alcuni casi tipici di azioni illecite, quali l'eccesso colposo in scriminanti, all'efficacia della provocazione con riguardo alla relativa attenuante, alle cause di non punibilità per i delitti di ingiuria e diffamazione, alla desistenza volontaria nel tentativo. Questi esempi tuttavia portano fuori strada, in quanto attengono all'individuazione di profili che assolvono ad una funzione diversa rispetto a quella propria dell'agente modello nel fatto tipico colposo.

L'agente modello, invero, non si identifica davvero in un modello di uomo, ma trattasi di espressione di sintesi circa i confini del dovere di diligenza normativamente imposto. Il concetto di agente modello non vive al di fuori della colpa e non si identifica con quello di cittadino modello. Ragion per cui non è vero che l'agente modello si asterrrebbe già dal commettere il reato base; il suo DNA operativo attiene esclusivamente alla pericolosità della condotta rispetto ai beni tutelati dalla fattispecie colposa, egli pertanto non è in grado di decifrare le informazioni contenute in quelle regole giuridiche che nulla hanno a che vedere, direttamente o indirettamente, con momenti prevenzionistici³⁷¹.

Il codice penale è scritto in italiano, l'agente modello legge solo il russo, e gli vengono tradotte esclusivamente le norme cautelari.

Vale inoltre ribadire come, nell'ambito della misura oggettiva della colpa, la funzione del concetto di “agente modello” attiene alla identificazione del contenuto del c.d. dovere di diligenza ed è quindi espressione che potrebbe benissimo essere sostituita con quella, appunto, di “contenuto del dovere di diligenza *in re illicita*” già risolta nel paragrafo precedente.

Infine, quanto al procedimento di formazione dell'agente modello, esso procede dall'attività esercitata, depurata dai connotati di illiceità che non attengono alla pericolosità per beni ulteriori: cosicché, *nulla quaestio* ove questa abbia un suo significato sociale autonomo rispetto alla norma penale che vieta la condotta storica (es. circolazione stradale, costruzione edile), rinvenendosi con agilità agenti modello di riferimento (es. automobilista, muratore etc.); ove invece l'attività base si presenti atipica dal punto di vista sociale (es. indefiniti atti di libertà del singolo), l'agente modello corrisponderà essenzialmente all'uomo ragionevole, saggio mediatore tra la propria libertà individuale e l'esigenza di proteggere beni altrui.

In definitiva, reperire l'agente modello non significa trovare l'esperto di riferimento, ma tracciare i limiti a cui deve attenersi la libertà individuale nella vicenda storica in cui si cala; non ha quindi senso richiamare a tale scopo lo schema tipico del reato doloso base fintanto che la vicenda storica non manifesti in concreto profili di pericolosità rispetto all'evento ulteriore.

³⁷¹ Sulla alterità tra regola cautelare ed illiceità *aliunde* dell'attività base vedi F. GIUNTA, *La normatività*, cit., 1999, 87.

Il nesso di complementarità tra colpa e agente modello è a ben vedere il medesimo che esiste tra colpa e dovere di diligenza: l'agente modello incarna la diligenza “doverosa”.

2.3 Il ruolo dell'evitabilità e del c.d. comportamento alternativo lecito.

Il vero punto dolente della colpa in attività illecita attiene all'elemento dell'evitabilità dell'evento tramite il comportamento alternativo lecito, requisito quest'ultimo che, per assolvere alla propria funzione, presuppone la possibilità di individuare regole cautelari precauzionistiche atte ad impedire l'evento, così da verificarne *ex post* l'effettiva efficacia salvifica.

L'obiezione mossa dalla tesi contraria all'ambientazione della vera colpa *in re illicita* afferma che, in contesto illecito, l'evitabilità sarebbe implicita nella possibilità per il reo di non tenere la condotta base, non essendo peraltro neanche ipotizzabile un comportamento alternativo lecito³⁷².

Tanto rappresenta il vero punto dolente della colpa in attività illecita che anche la dottrina che aderisce alla tesi della colpa in concreto *in re illicita* continua, con riferimento alle attività che non trovano riscontro in un modello in via generale specialmente autorizzato, ad identificare l'evitabilità con la possibilità per il soggetto di non commettere il reato base³⁷³. Anche coloro che si richiamano, in via espressa o tacita, alla responsabilità da rischio totalmente illecito, pur nella versione rivisitata costruita attorno alla prevedibilità ed evitabilità *in concreto* dell'evento, non accertano mai l'evitabilità attraverso il procedimento di aggiunta mentale di un comportamento alternativo “modale”, ma la valutano immaginando l'astensione del soggetto dal reato base³⁷⁴.

Ora, riguardo al problema della “liceità” del comportamento alternativo *in re illicita*, il quale appare comunque illecito alla stregua della fattispecie dolosa, si tratta di

372 Vedi sempre *retro* cap. I, par. 4.

373 Trattasi non di espressa presa di posizione in merito alla evitabilità ma delle conseguenze tratte in raffronto a casi pratici, ove l'evitabilità viene correttamente modulata intorno all'efficacia della cautela modale quando l'attività conosce una speculare manifestazione lecita (es. guidare l'automobile, operazione chirurgica etc.), mentre il requisito sfuma quando il comportamento modale alternativo si risolve comunque in un comportamento corrispondente alla tipicità del reato base. Cfr. F. BASILE, *La colpa*, cit. 311 ss.; ID, *L'alternativa*, cit., 944 ss.; ID, *Il concorso*, cit., 413. Vedi comunque *supra* nota 118.

374 *Supra* cap. I, par. 3.2.

falso problema in quanto la “liceità” del comportamento alternativo cui deve farsi riferimento è soltanto quella corrispondente alla direttiva di comportamento insita nella regola cautelare e non altra.

Semmai, il problema riguarda l'evitabilità attraverso un comportamento alternativo che sia esso stesso tipico ai sensi della fattispecie penale dolosa, ma già si è detto in ordine al fatto che questo comportamento non è imposto dalla fattispecie colposa ma corrisponde ad una sorta di onere.

Il momento valutativo dell'evitabilità è quello *ex post*, ad evento avvenuto.

Affermare la prevedibilità in concreto dell'evento, quale prognosi infausta in ordine alla condotta *in fieri*, non è ancora sufficiente ad integrare la colpa, in quanto il giudizio di evitabilità deve avere per oggetto non l'astensione ma il comportamento alternativo cautelare.

In re illicita anche la dottrina che asserisce la possibilità di configurare un'imputazione per colpa immagina un giudizio di colpa che prescinde da un siffatto accertamento, mentre altri rilevano l'assurdità insita nel contestare al soggetto, anche processualmente, di non aver agito con modalità comunque vietate³⁷⁵.

Premesso quanto già si è detto in ordine al fatto che l'assurdità di siffatta pretesa comportamentale si avverte esclusivamente con riguardo a quelle modalità prevenzionistica di per sé tipiche, deve qui sottolinearsi come immaginare un comportamento alternativo e su quello parametrare l'evitabilità ha un significato funzionale che trascende, e non implica, un obbligo per il soggetto di tenere il comportamento alternativo.

La funzione dell'evitabilità, già lo si è detto, risiede nel *verificare che il rischio realizzatosi nell'evento corrisponda effettivamente a quello colposo*.

Orbene, alla configurazione del rischio tipizzato dalla fattispecie colposa partecipa il complessivo giudizio di prevedibilità ed evitabilità formulato dall'agente modello di riferimento. In particolare, il rischio lecito è quello contrassegnato dall'impiego delle regole cautelari che, a giudizio dell'agente modello, sono idonee a contenere la probabilità dell'evento entro una determinata soglia.

Dunque, il comportamento alternativo lecito sul quale parametrare *ex post*

375 Per questa critica M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 65.

l'evitabilità dell'evento non sarà quello che offre la maggior sicurezza possibile nel caso concreto, bensì quello necessario e *sufficiente* a contenere il rischio in termini penalisticamente irrilevanti.

Valutare l'evitabilità in rapporto all'astensione implica, invece, disarticolare il nesso di rischio tipico del reato colposo d'evento, in quanto verrebbero imputati anche quei rischi normalmente leciti, insiti nel comportamento prevenzionistico modale che *ex ante* appariva idoneo, secondo il parametro dell'agente modello, a contenere in modo accettabile la prevedibilità dell'evento.

2.4 Riepilogo ed esemplificazioni.

Abbiamo sinora raggiunto le seguenti conclusioni.

Il fatto colposo serve a mediare tra protezione dei beni giuridici e garanzia di libertà d'azione al consociato. A quest'ultimo può essere rimproverata la causazione di un evento non voluto soltanto se lo ha cagionato violando le regole cautelari che delimitano il rischio non penale da quello penale³⁷⁶.

La delimitazione primaria di questo rischio non può essere affidata a considerazioni attinenti alla utilità sociale dell'attività svolta, ostando a ciò il principio di libertà. Neanche l'attività penalmente illecita può automaticamente comportare l'accollo di tutto il rischio insito nell'azione, in quanto la delimitazione del rischio penale segue binari generali ed astratti, collegati alla tipologia di attività, mentre il reato base è atto concreto e particolare.

Certamente, sarebbe pensabile una disciplina legislativa intesa ad accollare tutto il rischio creato in area base illecita al soggetto agente, ma essa esulerebbe dal modello di responsabilità fondato sulla colpa; inoltre, in quanto agganciata ad un dovere di astensione, non sarebbe comunque idonea a tutelare maggiormente i beni giuridici rispetto a quel rischio normalmente non criminalizzato in quanto, in via dinamica, all'astensione corrisponde necessariamente la facoltà di altra azione egualmente o maggiormente rischiosa.

376 Cfr. M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2013, 124 ss.; F. GIUNTA, *La legalità*, cit., 161 ss. ove afferma “*i reati colposi sono sempre a 'forma vincolata', posto che ogni violazione di regola cautelare scolpisce altrettante modalità della condotta tipica*”.

Il potere concreto di prevedere, se non tiene conto del dover prevedere, cioè della regola cautelare nella sua funzione preventiva *ex ante*, e del controllo del nesso di rischio effettivo *ex post*, riesce ad assicurare soltanto un coefficiente soggettivo di responsabilità inteso come “calcolabilità” del rischio, ma non un rimprovero autenticamente colposo. Siffatto modello derogatorio, risolvendosi nell'imputazione di un rischio normalmente consentito, persevererebbe in una logica del *versari in re illicita* influenzata dal disvalore del fatto base e non improntata a effettive esigenze preventive rispetto all'evento ulteriore³⁷⁷.

Si sperimenteranno, adesso, le conclusioni raggiunte con riguardo a taluni casi pratici³⁷⁸.

a) *Caso tratto da Cass. Pen., Sez. VI., Sent. n. 19090/2010.*

La decisione concerne la responsabilità dello spacciatore per cessione di eroina eccessivamente pura e conseguente morte del soggetto assunto.

La Corte di cassazione, richiamando la sentenza Ronci, afferma la responsabilità dello spacciatore in base a colpa in concreto, ritenendo che quest'ultimo, quale soggetto esperto del mondo degli stupefacenti, ben potesse prevedere il rischio insito nell'assunzione di eroina ad alto grado di purezza e quindi avrebbe potuto evitare l'evento astenendosi dal cedere la dose. La Corte di cassazione afferma espressamente che la regola cautelare deve essere ricercata in una regola diversa dalla norma incriminatrice base, tuttavia valuta infine l'evitabilità dell'evento sulla base dell'astensione dall'attività di cessione.

Orbene, dal testo della sentenza, emerge un erroneo approccio alla ricostruzione della regola cautelare e, conseguentemente, il mancato accertamento di autentica colpa. L'uomo ragionevole, il quale si deve rappresentare come concreto il rischio

³⁷⁷ Con riguardo invece all'imputazione di eventi circostanziali, di altri elementi del reato, fintanto che essi sono assunti come elementi ancorati ad un disvalore base autonomo, quest'ultimo imputato secondo l'ordinaria colpa o l'ordinario dolo, possono configurarsi secondo la prevedibilità in concreto, senza necessità di un controllo *ex post* in merito alla realizzazione del nesso di rischio. La tutela della libertà del soggetto agente risulta invero già segnata e garantita dal fatto illecito base, al cui interno necessariamente si muovono i criteri soggettivi di ascrizione degli elementi ulteriori, rispetto ai quali la prevedibilità in concreto ha la funzione di apprestare una minima garanzia di colpevolezza e non anche di segnare l'illecito. Sulle relazioni tra disvalore della circostanza, principio di colpevolezza e necessario collegamento con il disvalore espresso dalla fattispecie base v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 766.

³⁷⁸ Tutte le sentenze di seguito citate sono reperibili in banca dati *dejure*.

per la vita che corre l'assuntore di eroina eccessivamente pura, giudica sufficiente a prevenire il rischio già la cessione di eroina meno pura e non addirittura l'astensione dalla *traditio* (in mancanza di altri segnali di accentuata pericolosità). Il comportamento alternativo lecito, sul quale misurare l'evitabilità in concreto dell'evento, era quindi costituito dalla cessione di dose di eroina "ordinaria" e non dall'astensione.

Si sarebbe dovuto quindi accertare, *ex post* ed a base totale, se la cessione di una dose "normale" di eroina avrebbe evitato la morte dell'assuntore e, in caso di giudizio negativo, negare la colpa. La Corte, invece, si accontenta di affermare che il soggetto avrebbe evitato di cagionare la morte astenendosi dalla cessione³⁷⁹.

b) *Caso tratto da Cass. Pen., Sez. IV, Sent. n. 12129 del 29.11.2007.*

In questa pronuncia, antecedente alla sentenza Ronci, la Corte di cassazione ha richiamato la colpa in concreto quale criterio ascrittivo, all'autore di maltrattamenti in famiglia, della morte della vittima dovuta a suicidio.

Nel caso di specie la Suprema Corte ha annullato con rinvio la sentenza di condanna del giudice di merito, perché non era stata accertata la prevedibilità in concreto dell'evento da parte dell'imputato. In particolare, la Corte richiede di accertare se l'evento sia "*la conseguenza prevedibile della condotta base posta in essere dall'autore e non sia invece il frutto di una libera capacità di autodeterminarsi della vittima, imprevedibile e non conoscibile da parte del soggetto agente*", secondo un giudizio *ex ante* attento a "*vagliare e ricercare segnali che dimostrino che l'autore dei maltrattamenti avrebbe potuto prevedere l'azione suicida della vittima*".

In realtà, accertare che l'agente modello poteva prevedere l'evento suicidario quale esito della condotta di maltrattamenti concretamente tenuto non ci pare ancora sufficiente ad integrare un rimprovero colposo. Occorrerebbe invero valutare anche se il medesimo agente modello avrebbe potuto escludere la prevedibilità dell'evento tenendo un comportamento di maltrattamenti alternativo e meno invadente. In caso

³⁷⁹ Sembra invece fare autentico ricorso al criterio della colpa, benché non interrogandosi espressamente sulla evitabilità, Cass. Pen., Sez. V, Sent. n. 14302 del 07.04.2006, ove si è ritenuta provata la colpa dello spacciatore per la morte dell'assuntore, soggetto quest'ultimo che appariva al cedente già fortemente debilitato, sopravvenuta a causa di overdose da droga pesante. Il comportamento alternativo lecito, sul presupposto che l'agente modello avrebbe pur sempre ritenuto prevedibile la morte a seguito di dazione di stupefacente ad un soggetto con un sistema nervoso centrale così compromesso, risiedeva invero proprio nell'astensione.

di risposta affermativa, l'evitabilità in concreto dell'evento si sarebbe dovuta accertare, *ex post* ed a base totale, sul comportamento alternativo sufficiente per evitare l'evento, verificando se, adottato questo, la vittima si sarebbe comunque suicidata.

c) *Esempio della lama arrugginita*³⁸⁰.

Tizio ferisce Caio con una lama arrugginita, con conseguente infezione e morte della vittima. Ammesso che l'uomo ragionevole potesse rendersi conto che quella lama fosse arrugginita, la regola cautelare potrebbe essere rinvenuta alternativamente, nel cambiare arma o disinfettare la lama. Ove il soggetto disinfetti la lama senza, per ragioni imprevedibili da parte dell'agente modello, riuscire ad evitare l'infezione e la conseguente morte, non si potrà apprezzare la colpa. Allo stesso modo, ove il soggetto manchi di disinfettare la lama, il comportamento alternativo su cui parametrare l'evitabilità dell'evento dovrà comunque essere modulato su quell'azione disinfettante che appariva all'agente modello *ex ante* idonea ad evitare l'evento, con esiti assolutori ove se ne accerti, *ex post* e secondo la miglior scienza ed esperienza, l'inefficacia, ad esempio dovuta ad eccezionali ed imprevedibili resistente del batterio.

d) *Percosse e omicidio preterintenzionale*.

Tizio spinge Caio, il quale perde l'equilibrio, batte la testa e muore.

Se avuto riguardo alla situazione concreta, caratterizzata ad esempio da profonde differenze fisiche tra i due attori, ed alla forza impiegata nella spinta, si ritiene prevedibile l'evento, prima di affermare per ciò solo la colpa, dovrà accertarsi se, secondo la valutazione *ex ante* dell'agente modello, una spinta più lieve apparisse idonea ad elidere il pericolo.

Ove si ritenesse che, a fronte di una ipotetica minore energia fisica nella spinta, lo sbilanciamento della vittima fosse imprevedibile, in sede di accertamento dell'evitabilità dell'evento si dovrà verificare l'idoneità salvifica, non dell'astensione, ma della spinta lieve.

La colpa potrebbe pertanto essere negata quando, in ragione di fattori di rischio non

³⁸⁰ Ispirato da A. CASTALDO, *La struttura*, cit., 1080, il quale utilizza l'esempio per sancire l'assurdità di ogni regola modale diversa dall'astensione, rigettando così la tesi dell'ammissibilità di una vera e propria colpa *in re illicita*.

conoscibili da parte dell'agente modello, ad esempio una invisibile asperità del terreno o una particolare situazione di debolezza della vittima non manifestata dalla sua prestanza fisica, quella cautela che *ex ante* appariva adeguata non avrebbe comunque impedito la caduta e la morte.

3. SUPERAMENTO DEGLI OSTACOLI ERMENEUTICI FRAPPOSTI ALLA COLPA IN RE ILLICITA.

Apprezzata l'assenza di contrasti logico-strutturali tra colpa ed attività base illecita, bisogna adesso verificare se la soluzione della colpa *in re illicita*, come autentica colpa, benché imposta *ex art. 27 comma 1 Cost.*, sia anche già praticabile *de jure condito*.

Plurimi sono gli argomenti avanzati da autori che, pur pienamente condividendo l'esigenza di un diritto penale costituzionalmente orientato, ravvisano in talune disposizioni positive ostacoli insuperabili per una reinterpretazione degli istituti della divergenza tra voluto e realizzato alla stregua della colpa.

Essenzialmente, il punto ruota tutto attorno all'esigenza di preservare coerenza sistematica agli articoli 83, 42 comma 3, 43, 59³⁸¹.

Circa i rapporti tra responsabilità oggettiva e *aberratio delicti*, la dottrina sottolinea³⁸² che, se venisse accolta una interpretazione *secundum culpa*, si giungerebbe ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 83, al quale non residuerebbe alcuna funzione effettivamente normativa. Ancora, si sottolinea l'esigenza di mantenere significato operativo alla disposizione di cui all'art. 42/3, in quanto vi andrebbero ricondotti o l'illecito preterintenzionale o l'*aberratio*³⁸³.

381 Pare peraltro ammettere una certa flessibilità del testo rispetto alle esigenze del principio di personalità, DE FRANCESCO, *Opus illicitum*, cit., 998, il quale afferma che, per ricostruire equilibrio ed armonia nei criteri di imputazione, è illusorio pensare di utilizzare il solo criterio esegetico dell'interpretazione letterale delle singole previsioni, mentre occorre orientarsi verso la valorizzazione del principio di personalità dell'illecito penale, manifestata peraltro anche con la riforma dell'art. 59/2.

382 In particolare vedi S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 209-211. Vedi anche *retro* cap. I, par. 2.1.

383 *Ibidem*, peraltro l'Autore non vi riconduce l'illecito preterintenzionale e quindi asserisce di doversi ricondurre l'*aberratio*. Sostiene inoltre la conformità della tesi in parola a canoni di politica criminale laddove viene differenziato il trattamento dell'*aberratio* rispetto a quello di cui all'art. 47 comma 1, ove opera invece la colpa: le due fattispecie meriterebbero un trattamento diverso, non tanto perché vi sarebbe un tipo di errore diverso posto alla rispettiva base, di percezione nell'art. 47 e di esecuzione nell'art.83, ma perché nel caso tipizzato dall'art. 47 primo comma la commissione di un reato dal punto di vista oggettivo non è sorretto dal dolo di altro reato. Sennonché non si comprende per qual motivo si dovrebbe differenziare negativamente la disciplina della causazione di un evento non voluto in forza del dolo di altro reato. Si tratterebbe di *versari in re illicita*.

Con riguardo all'illecito preterintenzionale in senso lato, comprendente i delitti aggravati dall'evento riconducibili ad uno schema diverso da quello circostanziale, a parte le osservazioni apodittiche che affermano come nello schema non sarebbe inseribile la violazione della diligenza³⁸⁴, il vero ostacolo si riscontra, sempre, nella necessità di riservare rilevanza autonoma alla disposizione di cui all'art. 42 comma 3 che pone l'evento "altrimenti" a carico del soggetto.

La dottrina, a tal proposito, non ha un approccio unanime. Secondo taluno, l'articolo in parola riguarderebbe l'evento in senso ampio, comprendente sia l'evento costitutivo del reato che quello aggravante³⁸⁵; secondo altra impostazione, invece, l'evento circostanziale troverebbe il suo referente normativo nell'art. 59 e non nell'art. 42 comma 3³⁸⁶. Ancora, vi è chi afferma che l'art. 42 comma 3, al contrario, riguarda soltanto il caso della mera prevedibilità in astratto, temperata dalla possibilità di escluderla in caso di caso fortuito, e riconduce(va) questo schema solo all'evento circostanziale³⁸⁷. In ogni caso, l'art. 42 comma 3 legittimerebbe un modulo di responsabilità diverso da quello doloso e colposo, riconducibile alla responsabilità oggettiva³⁸⁸ o, secondo l'impostazione della responsabilità da rischio totalmente illecito, a quest'ultima³⁸⁹.

Occorre insomma rinvenire un'area di pertinenza autonoma alle disposizioni di cui agli artt. 83 e 42/3, considerato che l'art. 43 comma 2 può benissimo essere intesa come norma applicabile ai delitti aggravati a struttura preterintenzionale, escludendo così la riconducibilità dell'evento ulteriore alle circostanze³⁹⁰.

384 F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 166-167.

385 *Ibidem*, 146-147.

386 G. VASSALLI, *Concorso*, cit., 31 ss.

387 S. RICCIO, *I delitti aggravati*, cit., 220 ss. rigetta in generale l'esistenza della responsabilità obiettiva nel codice penale, affermando che vi sarebbe oltre a dolo, colpa e preterintenzione, la mera prevedibilità, intesa pur tuttavia in astratto, con possibilità di prova del fortuito, e comunque ricollegata ad un fatto base doloso o colposo. Secondo l'Autore nell'art. 42 l'avverbio "altrimenti" deve intendersi non come responsabilità obiettiva (la rubrica sarebbe sbagliata) ma come assenza di dolo, colpa e preterintenzione. Afferma inoltre che tale conseguenza addebitata "altrimenti" non può essere parte integrante del reato, ma al più circostanza (in pratica l'autore esclude soltanto il fortuito inteso come evento non prevedibile).

388 E. DOLCINI, *L'imputazione*, cit., 756 riconduce la responsabilità oggettiva all'art. 42/3.

389 A. CASTALDO, *La struttura*, cit., 1019 dà atto di come l'interpretazione del 42/3 non sia univoca. E' noto che la disposizione in parola non si riferisce soltanto all'evento ma anche agli altri elementi della fattispecie addossati all'agente (es. art. 117 o 539). e richiama Antonio Pagliaro e la tesi della responsabilità da rischio totalmente illecito, a proposito dell'interpretazione che vede, nell'art. 42 comma 3, il doppio requisito della prevedibilità ed evitabilità *in re illicita*, ricostruita ex art. 45.

390 Riduce l'art. 42 comma 3 al significato di sottrarre (taluni) illeciti qualificati dall'evento dal

Si prospetteranno, quindi, percorsi alternativi tesi a mantenere una coerenza interna alla struttura codicistica ed un autonomo spazio operativo per ciascuna norma, fermo restando che la forza dell'interpretazione costituzionalmente orientata permette di “forzare” taluni canoni interpretativi generali salvo non poter stravolgere il significato letterale³⁹¹.

3.1 Nucleo oggettivo e soggettivo dell'attività illecita base.

Delimitata *ut supra* la fonte rilevante per configurare una attività illecita - ove abbiamo escluso la significatività, a tal fine, di tutti i divieti extrapenali, nonché di quelli che, pur avendo rilevanza penale, sottintendono una regola cautelare - affrontare il discorso sulla struttura dell'illecito base doloso significa, in tutto e per tutto, delineare i rapporti tra norma penale, volontà ed illecito.

Cosa si intende, nel nostro ordinamento, per attività illecita in base a norma penale dolosa?

Due sono gli approcci possibili: dare rilievo ad un momento eminentemente soggettivo, che qualifica illecito l'atto del soggetto coperto da volontà dolosa riprovata dall'ordinamento; oppure dare rilievo anche ad una loro particolare manifestazione oggettiva.

Il *versari in re illicita* rappresenta una impostazione punitiva ispirata ad una sorta di delegittimazione di quel soggetto che agisce animato da una volontà criminosa e che, per essersi posto contro l'ordinamento, “merita” di vedersi accollati tutti gli effetti negativi della propria condotta³⁹². La decisività del momento sotteso all'intenzione malefica si ricollega al tema della violazione della legge penale intesa come comando, in cui si manifesta la ribellione all'ordinamento giuridico.

Gli odierni principi di legalità, tassatività, determinatezza, e materialità dell'illecito penale segnano tuttavia un punto di rottura con la “filosofia” originaria del *versari*

regime delle circostanze F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 212, il quale riconferma che l'illecito preterintenzionale avrebbe un ruolo di forma generale di responsabilità nel quale rientra l'omicidio preterintenzionale e altre figure di delitti aggravati dall'evento morte o eventi particolarmente lesivi della pubblica incolumità (incendio, disastro etc.).

391 Sempre G. DE FRANCESCO, *Opus illicitum*, cit., 998;

392 Sull'evoluzione storica sottesa alla filosofia del *versari in re illicita*: E. DOLCINI, *L'imputazione*, cit., 761 ss.; G. P. DEMURO, *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1429 ss.; A. BONDI, *I reati aggravati*, cit., 218 ss.; F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 63 ss.

in re illicita.

L'unico concetto di illecito penale che ha diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento è quello a base oggettiva, fondato sulla estrinsecazione all'esterno della volontà criminosa, in una condotta tipica che assuma almeno i tratti di un tentativo³⁹³. Non costituisce reato la mera *cogitatio*, né il compimento di atti preparatori, pre-tipici, che non raggiungano, come minimo, la soglia della idoneità o univocità rispetto ad un delitto perfetto.

Due sono le eccezioni all'irrilevanza penalistica, che attengono alla possibilità di applicare misure di sicurezza in caso di reato impossibile o di accordo per commettere reato non seguito dalla realizzazione. La *ratio* di queste sanzioni riguarda tuttavia il tema della pericolosità soggettiva: le relative condotte costituiscono sintomo di pericolosità ma non sono idonee a qualificare come penalmente illecita la condotta tenuta, anche solo per il fatto che, in questo caso, avremmo l'assurdo di una commistione con l'elemento personalistico per definire l'illiceità della condotta: illecita se tenuta da soggetto pericoloso e lecita in caso contrario³⁹⁴.

Nucleo minimo dell'illecito penale è insomma un substrato di materialità tipizzato da una fattispecie oggettiva, almeno di tentativo o a tutela anticipata.

3.2 Tentativo e concetto di res illicita con riferimento alle ipotesi base delle fattispecie di divergenza. Il rilievo autonomo dell'art. 83 c.p.

L'impostazione generale del concetto di illecito è quella che richiede almeno il tentativo, tuttavia abbiamo visto nel primo capitolo come, in seno alle fattispecie di divergenza tra voluto e realizzato, ed in particolare a quella di omicidio preterintenzionale e di *aberratio delicti*, si pone proprio il problema della necessità che gli atti base raggiungano almeno la soglia del tentativo.

Norma paradigmatica, per la sua valenza sistematica, è quella di cui all'art. 83 rispetto alla quale sussistono indici letterali insuperabili che denotano la non necessarietà del tentativo per l'integrazione dell'*aberratio delicti* monoffensiva.

393 Per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 124 ss.

394 Sull'accordo per commettere un reato, reato impossibile e reato putativo come "non reati", *Ibidem*, rispettivamente 526, 469 e 390.

Invero, se si configurasse il tentativo quale elemento strutturale della fattispecie, chi cagiona un evento non voluto punito a titolo di colpa andrebbe in contro a un trattamento più benevolo rispetto a chi ponga in essere un tentativo da cui non segua alcun evento diverso: nel primo caso il soggetto risponderebbe ex art. 83 comma 1 solo dell'evento non voluto; nel secondo caso di tentativo. Si ricava allora come, indubbiamente, il tentativo debba essere ricondotto al secondo comma e disciplinato dal concorso di reati. Rispetto all'omicidio preterintenzionale la questione è molto più dibattuta, mancando appigli per una argomentazioni altrettanto decisive³⁹⁵.

Aderire alla necessità o meno del tentativo è alternativa che si riflette direttamente sul rapporto tra il *versari in re illicita* tipizzato nelle norme di divergenza ed il concetto generale di illiceità penale.

L'art. 83, come già approfondito nella prima parte, non richiede che la volontà criminosa si traduca almeno in atti di tentativo rispetto al reato base³⁹⁶.

Dobbiamo quindi chiederci se l'art. 83, nel riconoscere rilevanza al solo *animus* del soggetto agente, tipizzi eccezionalmente una situazione di illiceità penale o se, invece, prenda in considerazione una situazione base ancora penalmente atipica.

Aderendo alla prima opzione, potrebbe qualificarsi come illecita ogni condotta tenuta a scopo criminale. In questa accezione, sarebbe *res illicita* il camminare a tre isolati dalla banca per andare a commettere una rapina o mettersi alla guida di un'automobile per raggiungere la vittima designata di omicidio.

Aderendo alla seconda opzione, e quindi mantenuta una nozione di illiceità conforme ai principi generali, si giunge a concludere che il primo comma dell'art. 83 regola una attività ancora penalmente lecita, riservando al secondo comma del medesimo articolo l'ipotesi in cui la condotta base raggiunga la soglia di rilevanza penale.

A ben vedere, e per quanto già si è detto, il primo comma dell'art. 83, non richiedendo il tentativo, rappresenta una ipotesi di *colpa in attività lecita*, mentre soltanto il secondo comma si riferisce alla *attività illecita*.

In questo senso, allora, l'art. 83 assume la precisa funzione di ribadire l'applicazione del modello colposo anche all'ipotesi di colpa in attività illecita. In particolare, questa

395 Per entrambi i profili vedi *supra*, cap. I, par. 2.1 e 2.3

396 La medesima volontà criminosa, peraltro, in assenza di atti tipici, non potrà neppure qualificarsi tecnicamente come dolo. Lucidamente Cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 338.

funzione risulta svolta non dal primo comma isolatamente considerato, ma dal combinato disposto del primo e del secondo comma, ove viene parificato il modello operativo dell'*aberratio delicti* monoffensiva (riconducibile indubbiamente alla colpa ordinaria, trattandosi di attività base lecita) e di quella plurioffensiva (riconducibile ad attività base illecita).

Prima di avallare questa conclusione occorre verificare l'ipotesi alternativa, per la quale il legislatore avrebbe dato eccezionale rilevanza, nell'ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato, al c.d. dolo del delitto base, alla volontà riprovevole, nell'ottica di costruire un illecito fondato su responsabilità oggettiva, derogando così al modello generale.

Vi sono, tuttavia, indici sistematici che indicano non fondata questa opzione, in quanto negano espressamente un simile rilievo al mero *animus* del soggetto e denotano una filosofia codicistica di fondo di stampo oggettivistico.

Da un lato, la decisione di commettere un reato potrebbe essere apprezzata come una riprovevole ribellione all'autorità del diritto penale, sufficiente a mutare il regime di responsabilità, da quella colposa in quella oggettiva. Tuttavia la fallacia di simile impostazione si apprezza avuto riguardo a quei casi speculari ove, nonostante il soggetto manifesti un'avversione all'autorità della legge, il regime di responsabilità per l'evento non voluto resta pacificamente colposo. Ci si riferisce in specie alla assoluta irrilevanza del reato putativo dovuto ad errore su legge penale: chi agisce credendo che il fatto commesso sia penalmente vietato, ma mantenendosi in realtà nei confini del lecito, risponde pur sempre per colpa dell'evento non voluto che abbia a cagionare.

Dall'altro lato, il proposito delittuoso potrebbe essere apprezzato non tanto come ribellione all'autorità astratta del diritto penale, ma quale riprovevole volontà rispetto ai valori tutelati dall'ordinamento attraverso la specifica norma che il soggetto ha "deciso" di violare. Potrebbe quindi apprezzarsi questa particolare volontà criminosa, qualificata, quale elemento discretivo che riconosce ingresso al regime peggiorativo della responsabilità oggettiva. Tuttavia anche questa strada, a ben vedere, non appare praticabile in quanto si hanno conferme ulteriori circa l'irrilevanza penale di un siffatto contegno psichico. Ci si riferisce, di nuovo, alla disciplina del reato putativo,

stavolta apprezzato come effetto di un errore sul fatto, la quale conferma il modello colposo a fondamento della responsabilità per l'evento diverso non voluto (così, se Tizio usa violenza per unirsi carnalmente con Caia, ignorando che la fanciulla è perfettamente consenziente al rapporto sessuale con quelle precise modalità violente, laddove dal rapporto derivi la morte della ragazza, la responsabilità andrà valutata alla stregua dell'art. 589 e non *ex art.* 586). Ancora, conferme in tal senso sono ricavabili dall'art. 59 comma 1, in ordine alla efficacia oggettiva delle scriminanti, cosicché dell'evento ulteriore non voluto risponderà pur sempre per colpa – e non *ex art.* 83 – colui che, agendo per commettere un reato, ignora l'operatività in concreto di una scriminante che rende il fatto non anti-giuridico.

Risulta confermato come il nostro diritto positivo non assegni, alla mera volontà criminosa, un significato tale da giustificare il passaggio, a proposito della responsabilità per l'evento non voluto, dalla colpa verso la responsabilità oggettiva; ancora, risulta confermato come occorra passare dalla commissione di un illecito oggettivo base per potersi parlare di autentica attività base penalmente illecita.

Se così è, dunque, l'inciso “*a titolo di colpa*” di cui all'art. 83, non può essere inteso altrimenti che come richiamo all'integrale disciplina colposa, pena una interpretazione che fonda, al di là degli attriti costituzionali già rilevati, una disparità di trattamento rispetto a colui che agisce in presenza di una scriminante ignorata o in situazione di reato putativo per errore di diritto (il che, poi, è la medesima situazione).

In conclusione e ribadendo, se per l'art. 83 comma 1 non è necessario raggiungere lo stadio del tentativo, ne consegue che la norma disciplina anche l'ipotesi di attività oggettivamente lecita. Così il secondo comma dell'art. 83, applicabile in caso di perfezione almeno del tentativo e quindi di autentica attività illecita, richiamando il concorso di reati e parificando il criterio ascrittivo al primo comma, ribadisce come la responsabilità per l'evento non voluto – cagionato in attività autenticamente illecita – rimanga la medesima di quella del primo comma, quindi autenticamente colposa.

3.3 I rapporti tra colpa in re illicita ed i c.d. illeciti preterintenzionali. Il rilievo autonomo dell'illecito preterintenzionale.

Dimostrata la piena compatibilità tra colpa e attività penalmente illecita, dobbiamo adesso verificare i rapporti tra colpa ed i c.d. illeciti qualificati dall'evento.

Su questa tipologia di fattispecie abbiamo già ampiamente riferito (vedi *retro*, cap I, par. 2.3). La loro struttura si caratterizza per una espressa indicazione legislativa di “vicinanza” tra il delitto base (*Grunddelikt*) e l'evento ulteriore, tale che la pena comminata dal legislatore, nel caso in cui sopravvenga l'evento non voluto, è sensibilmente maggiore rispetto a quella irrogabile per un concorso tra delitti doloso e delitto colposo.

Le opinioni espresse in ordine alla natura dei delitti qualificati dall'esito, da parte di quella dottrina che ritiene l'evento un elemento costitutivo e non circostanza aggravante, non sono, salvo rare eccezioni, approdate alla tesi del reato complesso, in quanto, muovendo dal rigetto dell'idea della colpa *in re illicita*, verrebbe a mancare la possibilità di rinvenire un completo fatto colposo alla base dell'evento ulteriore³⁹⁷.

Quelle tesi che, invece, propendevano per il reato complesso, o facevano ricorso al già criticato concetto di colpa per violazione di legge penale o ad una unione tra reato base e reato aberrante³⁹⁸.

Dimostrato adesso che la colpa può effettivamente trovare sfogo anche *in re illicita*, ci pare ben possibile ricondurre il fenomeno in parola al reato complesso, ove il legislatore unisce in un unico reato due fatti autonomamente punibili (il fatto doloso e quello colposo) allo scopo di sottrarli alla disciplina generale del concorso di reati.

L'illecito preterintenzionale in senso lato manifesta, quindi, un reato complesso tra fatto doloso e fatto colposo, deroga al concorso ideale di reati e si attaglia a tutti i delitti aggravati che ne manifestano la struttura.

La *ratio* di siffatta deroga al concorso ideale di reati può essere rinvenuta nel particolare nesso, configurato dalla legge, tra fatto base ed evento ulteriore, tale da manifestare una relazione speciale, rispetto alla colpa ordinaria³⁹⁹.

397 Rigettano su queste basi la tesi del reato complesso F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati*, cit., 160 ss.; S. RICCIO, *I delitti aggravati*, cit., 128; vedi anche S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 48 in particolare nota 111;

398 Cfr. in particolare L. CONCAS, *I delitti qualificati*, cit., 385 ss. già citato *supra* nota 80.

399 Concorda sulla possibilità di qualificare taluni reati aggravati dall'evento come reati complessi in

Il dedotto rapporto di specialità implica, peraltro, la possibilità di distinguere i casi di evento che effettivamente deriva dal fatto base, riconducibile alla fattispecie aggravata, dall'evento che è invece solo occasionato dal *Grunddelikt*, il quale resta sussumibile, eventualmente, nell'ordinario concorso tra illecito base doloso ed autonomo illecito colposo.

Vi è tuttavia da risolvere un ulteriore problema afferente alla struttura degli illeciti preterintenzionali in senso lato, ovvero quale sia il ruolo del divieto base rispetto all'evento ulteriore.

Ci si chiede, in particolare, se esso abbia, rispetto all'evento ulteriore, una funzione cautelare. Per coloro che ritengono la colpa compatibile con il dovere di astensione, assegnare alla fattispecie base una funzione cautelare, significa considerarla ipotesi di colpa specifica. Per chi, invece, ritiene che la regola cautelare possa avere contenuto solo modale, propendere per la natura cautelare del delitto base significa mettere fuori gioco la colpa⁴⁰⁰.

Ora, a parere di chi scrive, fermo restando che non vi è soluzione unitaria di categoria, ma questa dipende dall'interpretazione delle singole fattispecie incriminatrici, il criterio dirimente pare il seguente.

I delitti aggravati dall'evento caratterizzati da un *Grunddelikt* punibile esclusivamente a titolo di dolo non possono avere funzione cautelare rispetto al bene ulteriore se non si rinviene, nell'ordinamento, una equivalente norma scritta che, a prescindere dal dolo, vieti sempre in funzione cautelare la medesima attività.

Invero, a parità di condotta, ci pare irragionevole assegnare al dolo il ruolo di contrassegnarne la speciale pericolosità per il bene ulteriore. Anzi, a ben vedere, la consapevolezza della condotta base, implicando una presenza intellettivistica attuale, attenua la pericolosità del comportamento storico perché maggiormente dominabile dal soggetto.

Se questo è vero, la maggior parte dei delitti qualificati dall'esito rimangono inscrivibili nella categoria della colpa *in re illicita* (dalla quale abbiamo escluso i

sensu stretto, nell'ipotesi in cui la vera e propria colpa penetrasse nella fattispecie, pur tuttavia rigettando tale qualificazione soggettiva dell'evento non voluto A. BONDI, *I reati aggravati*, cit., 94. Così anche G. VASSALLI, *Nuove e vecchie incertezze*, cit., 413.

400 Vedi *supra* cap. III, par. 3.2.

divieti con funzione cautelare: *retro* in questo capitolo, par 1.2). Rimangono riconducibili alla colpa specifica, ad esempio, secondo questo criterio: l'art. 437, attesa la contemporanea previsione del fatto base in forma colposa, ex art. 451; le fattispecie ex artt. 438 e 439, vista la previsione colposa ex art. 452.

Tanto premesso, alla norma codicistica di cui all'art. 43 comma 1, secondo alinea, sull'illecito preterintenzionale, può essere riconosciuta la funzione di qualificare gli illeciti preterintenzionali in senso lato quali reati complessi ricavati dall'unificazione di un fatto doloso e di un fatto colposo, sottraendoli infine al regime circostanziale.

3.4. Interpretazione residuale dell'art. 42 comma 3.

Secondo la nostra ricostruzione, rimane all'art. 42 comma 3 la funzione di norma di chiusura, idonea a ricomprendere tutti quei criteri ascrittivi – anche soggettivi – diversi dalla colpa, come ad esempio quello proprio delle circostanze aggravanti, le quali, secondo la nostra tesi, vengono imputate per prevedibilità in concreto ma non per autentica colpa (non è infatti necessario vagliare l'evitabilità dell'evento in rapporto ad una regola prevenzionistica modale).

Interpretato l' "evento" altrimenti posto a carico dell'agente, di cui all'art. 42 comma 3, come evento pur sempre offensivo, rientrerebbero in questo articolo anche tutti quei criteri ascrittivi soggettivi che concernono elementi di un più ampio delitto doloso, come ad esempio l'età della persona offesa nei delitti sessuali⁴⁰¹, nonché i fenomeni regolati dagli artt. 116 e 117.

La riferibilità dell'art. 42 comma 3 a momenti parziali di un più ampio fatto di reato (e quindi circostanze, età persona offesa, responsabilità anomala ex art. 116 e 117) è confermato, altresì, dal dato letterale che si esprime come "evento" a carico mentre, in seno ai precedenti commi del medesimo articolo, a proposito del dolo e della colpa, l'articolo si esprime in termini di "fatto"; e in termini di "fatto" si esprime anche l'art. 83.

In definitiva, l'espressione "*come conseguenza della sua azione o omissione*" non rappresenta il modulo "*altrimenti*" di responsabilità, ma l'indicazione che il requisito "*altrimenti*" deve comprendere almeno il nesso causale e salva l'integrazione con

⁴⁰¹ vedi artt. 602^{quater} e 609^{sexies}.

ulteriori profili soggettivi.

Peraltro, ed in conclusione, questo esercizio ermeneutico, teso alla ricerca del significato autonomo della norma di cui all'art. 42 comma 3 c.p. nell'ottica di dimostrare la coerenza sistematica di una *colpa in re illicita*, potrebbe comunque rivelarsi privo di senso in quanto, a ben vedere, la norma ex art. 42 comma 3 rimane in ogni caso norma priva di efficacia precettiva autonoma. Essa, infatti, rinvia alla legge – e quindi a fonte di pari grado - per la determinazione dei casi in cui l'evento viene posto altrimenti a carico del soggetto, cosicché la deroga rispetto ad ordinari criteri di responsabilità si ricava direttamente dalla norma particolare, senza alcun bisogno di ricorrere all'art. 42 comma 3.

4. TENSIONI PERSISTENTI DELLA COLPA IN RE ILLICITA RISPETTO AL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ PENALE PERSONALE.

L'integrazione dell'autentica colpa *in re illicita* lascia irrisolti, in particolare, due profili di attrito presenti nella disciplina delle ipotesi di divergenza tra voluto e realizzato.

In primo luogo, ci riferiamo alla difficoltà pratica, cui si è già fatto rapido cenno, di distinguere tra colpa e dolo eventuale.

La colpevolezza colposa si manifesta *in re illicita*, esattamente nello stesso modo in cui viene ricostruita *in re licita*, tuttavia nella attività illecita risulta arduo distinguere mantenere uno spazio autonomo alla colpa cosciente, in quanto, si afferma, la concreta previsione dell'evento spesso sarà contrassegno di dolo eventuale⁴⁰². Non è questa la sede per approfondire la questione, essendo comunque una difficoltà meramente “fattuale” non giuridica.

In secondo luogo, e siamo invece in ambito prettamente giuridico, si segnala in dottrina come molte fattispecie di *culpa in re illicita* – quelle riferibili agli illeciti

402 R. BARTOLI, “colpa”, cit., 1051-1052; Ritiene che l'accertamento del dolo eventuale *in re illicita* sia semplificato, nel senso che, in siffatti contesti, a fronte di una effettiva previsione dell'evento, difficilmente si potrà negare l'atteggiamento doloso almeno in forma eventuale: S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Al confine tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 131 ss.; Sulle difficoltà generali di enucleare un'autentica colpevolezza colposa, quale momento personalistico messo in ombra dall'aspetto oggettivo della colpa D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 4, 2011, 1633 ss.

preterintenzionali in senso lato – presentino un livello edittale di pena sensibilmente più elevato rispetto all'ordinario concorso tra reato doloso e reato colposo.

Occorrerebbe verificare se la particolare risposta sanzionatoria sia proporzionata al disvalore della vicenda colposa o se risenta, invece, del pregiudizio insito nel *versari in re illicita*⁴⁰³. Nel secondo caso, invero, sarebbero prospettabili, oltre ad interventi correttivi da parte del legislatore, anche questioni di costituzionalità sulla dosimetria sanzionatoria.

Secondo i fautori della responsabilità da rischio totalmente illecito, la ragione del trattamento sanzionatorio deteriore andrebbe ricercato nella circostanza che, chi agisce *in re illicita*, si vede accollato l'intero rischio cagionato, mentre colui che agisce nell'ambito di un rischio consentito risponderebbe soltanto della quota eccedente il rischio ammesso⁴⁰⁴.

Abbiamo già ampiamente confutato la teoria della responsabilità da rischio totalmente illecito. Non ci pare, ora, che essa possa venire recuperata per giustificare l'aggravamento del trattamento sanzionatorio per gli illeciti qualificati dall'evento. Invero, anche aderendo per ipotesi alla costruzione che vuole *in re illicita* addossato l'intero rischio, la differente risposta sanzionatoria dovrebbe essere collegata al grado, più o meno accentuato, di rischio effettivamente creato, a nulla rilevando l'esistenza o meno di quota base consentita, comunque superata anche nell'ordinario fatto colposo. Non si vede perché chi crea un rischio molto contenuto in attività illecita, e comunque per questa tesi vietato, debba essere punito più gravemente di chi, in attività lecita, crea un rischio molto profondo e per tale via in ogni caso non ammesso. Inoltre, non si comprenderebbe come mai, l'aumento di pena non viene comminato per l'*aberratio delicti plurilesiva*.

Le tesi che hanno ricercato una soluzione tutta interna alla vicenda colposa, possono distinguersi a seconda che valorizzino l'aspetto oggettivo o quello soggettivo del fatto

403 Sarebbe certamente riconducibile al *versari in re illicita* una spiegazione della maggior pena collegata alla colpevolezza per il fatto base, nel senso di un rimprovero per aver realizzato il reato base, già vietato e segnalato dal legislatore come possibile antecedente di ulteriori eventi. La colpevolezza, in questo senso, risiederebbe nella violazione della "funzione di ammonimento" condensata dal legislatore nelle fattispecie qualificate. E' la tesi di Harwing, riportata da S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 53-55. Vedi, per la sua critica, *Ibidem*, 56.

404 Cfr. *supra* cap. I, par. 3.2.

colposo⁴⁰⁵.

Sotto il profilo oggettivo, viene valorizzato il rischio particolare creato con l'illecito base voluto dall'agente⁴⁰⁶.

Ciò che non convince, nell'agganciare la *ratio* della maggior risposta sanzionatoria al particolare pericolo cagionato con il delitto base, è il meccanismo presuntivo sotteso a questa impostazione⁴⁰⁷. La vicenda concreta, invero, potrebbe anche manifestare un pericolo molto lieve, finanche meno grave rispetto ad ordinarie vicende colpose *in re licita*. L'interprete sarebbe, in sostanza, irragionevolmente privato della possibilità di valutare in concreto l'effettivo livello di pericolosità raggiunto dal fatto. Peraltro, nell'ordinaria fattispecie colposa *in re licita*, il pericolo anche ove previsto dal soggetto agente, viene valorizzato nel senso di mera circostanza, ad efficacia comune e bilanciabile (c.d. colpa con previsione), cosicché anche sotto questo profilo stonerebbe per irragionevole disparità di trattamento una disciplina che, *in re illicita*, voglia prevedere sensibili aumenti di pena connessi al mero dato oggettivo di un rischio presunto come particolarmente accentuato.

Altre impostazioni dottrinali, sempre di matrice tedesca, rinvergono la ragione del maggior trattamento sanzionatorio sul versante della colpevolezza colposa per l'evento ulteriore, valorizzando ora il dolo di pericolo che si dice animare il soggetto

405 Si tratta di tesi sorte in Germania, ad opera di Boldt, Frisch, Gosch, riportate e criticate da S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 56 ss. Cfr. anche H.U. PAEFFGEN, *Soluzioni e problemi dell'imputazione dell'evento in rapporto ai delitti aggravati dall'evento nel diritto tedesco*, in A.M. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 87 ss.

406 *Ibidem*, per la tesi di Oehler, secondo cui i delitti qualificati dall'esito sarebbero illeciti di pericolo.

Sempre nel versante oggettivo, si colloca quella tesi che ritiene la maggior pena giustificabile in ragione della gravità della lesione del dovere obiettivo di diligenza insito nella commissione del delitto base. Così Frisch, Meisenberg, Gössel, in *Ibidem*, 76, ove si risponde, tuttavia, che la costruzione di questo dovere obiettivo nell'ambito dei delitti aggravati dall'evento avviene in modo da svalutare l'aspetto oggettivo della colpa, o perché la sua violazione si ritiene implicita nella mancata astensione dal delitto base, o perché si ritiene sufficiente l'oggettiva prevedibilità dell'evento ulteriore. In questo modo "le due versioni dell'orientamento qui descritto non riescono ad illustrare la coesistenza dei loro postulati con la vera peculiarità che caratterizza la costellazione degli *echte erfolgsqualifizierte Delikte*: e cioè il fatto che l'evento qualificante debba presentarsi come prodotto della specifica situazione di pericolo generata dal reo con la commissione dell'illecito doloso base". E infatti L'Autore individua, negli illeciti qualificati, un disvalore della volontà, che integra l'illecito doloso, e un disvalore di pericolo riflesso degli ambiti di rischio: *Ibidem*, 178.

407 che nel delitto doloso base, entrino considerazioni circa l'esistenza di un pericolo per il bene finale protetto, appare peraltro una conclusione cui aderisce la dottrina maggioritaria straniera. Così: *Ibidem*, 68.

agente rispetto all'evento non voluto⁴⁰⁸, ora la colpa cosciente⁴⁰⁹.

A ben vedere, tuttavia, e per rimanere all'analisi del nostro ordinamento positivo, queste due impostazioni non sono accoglibili in quanto la struttura delle fattispecie non richiede né il dolo di pericolo, né la colpa cosciente, essendo sufficiente la prevedibilità dell'evento e quindi anche la colpa incosciente⁴¹⁰. E' inoltre richiamabile la considerazione già svolta, a proposito del valore che il nostro ordinamento assegna, in generale, alla colpa cosciente: mera circostanza aggravante ad efficacia comune.

Pur non essendo questa la sede per avanzare soluzioni sul punto, che presupporrebbero ben altri approfondimenti attinenti anche alla colpevolezza colposa, ci pare di intuire quanto segue.

Il profilo costante che accompagna, sempre, le fattispecie di *culpa in re illicita* risiede nella colpevolezza manifestata dall'autore che direziona la propria volontà verso la realizzazione dell'illecito base.

L'aggravamento sanzionatorio, negato dal legislatore per *l'aberratio delicti* plurilesiva ed ammesso per l'art. 586, nonché per tutta una serie di delitti aggravati, è collegato alla tutela di beni giuridici finali, in particolare la vita e l'integrità fisica.

La modulazione della risposta sanzionatoria risente delle caratteristiche della fattispecie base, così è minima quando il delitto base è generico, come in seno

408 Tesi di Lange, riportata *Ibidem*, 69-70; Sempre ivi, critiche rispetto al concetto di dolo di pericolo, sia se inteso come colpa con previsione, sia se inteso addirittura come dolo eventuale.

409 Tesi di Arth. Kaufmann, confutata *Ibidem*, 70. Nella nostra dottrina vedi S. RICCIO, *I delitti aggravati*, cit., 243-244 il quale collega il trattamento sanzionatorio dei delitti aggravati, in modo inversamente proporzionale, alla omogeneità dei beni protetti dalla fattispecie base e da quella aggravata; ritiene infatti che più il bene sia omogeneo, maggiore è l'innalzamento del trattamento sanzionatorio, in quanto quando il bene è addirittura identico il legislatore presume la previsione effettiva dell'evento in capo all'agente; l'Autore conclude nel senso che la modulazione del trattamento sanzionatorio sarebbe collegato, nell'intenzione del legislatore, al grado di prevedibilità o esistenza della previsione (L'Autore reputa, infatti, che alla base dei delitti aggravati vi sia la prevedibilità astratta). Sempre sul versante della colpevolezza, si colloca quella tesi che ravvisa un disvalore accentuato nel momento soggettivo della maggiore riconoscibilità della situazione di pericolo. Così Horn, sempre in S. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 75. Con riferimento alla maggior riconoscibilità della situazione di pericolo si possono formulare le medesime riserve spese per contestare la valorizzazione del pericolo al di fuori della colpa, vale a dire che non è affatto detto che la situazione insita nel delitto base manifesti davvero un pericolo accentuato per il bene giuridico ultimamente protetto. Per questa notazione anche *Ibidem*, 79.

410 Chi riconduce le fattispecie in parola alla responsabilità oggettiva nota, inoltre, come esse non ammettono in tal senso alcuna graduazione dell'elemento soggettivo. Così ad esempio Canestrari; *Ibidem*, 71-72.

all'art. 586, massima quando manifesta – non tanto un particolare pericolo – quanto una particolare colpevolezza dell'autore rispetto a beni giuridici affini a quelli della vita e dell'integrità fisica. Si veda, ad esempio, la fattispecie di maltrattamenti aggravati da morte, di sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato da morte. Vere queste premesse, ci pare che nella modulazione sanzionatoria entrino in gioco considerazioni essenzialmente attinenti al tipo d'autore⁴¹¹ ed alla insensibilità da questi dimostrata rispetto a valori vicini a quelli ultimamente protetti.

In questo senso, la *ratio* del trattamento sanzionatorio deteriore potrebbe essere rinvenuta intorno alla funzione intimidatrice della pena, nel senso che, a fronte di individui che già mostrano una particolare insensibilità a determinati valori, occorre una minaccia particolarmente accentuata per orientarli verso la tutela, almeno, dei beni finali, secondo una logica simile a quella che ispira la recidiva⁴¹².

Se questa impostazione è idonea a sorreggere i pesanti limiti edittali di pena previsti per taluni illeciti preterintenzionali non può essere qui approfondito. Si rileva soltanto come, ad esempio, riesce difficile giustificare, sotto questo profilo, una pena minima di dieci anni per una percossa che accidentalmente esiti in morte della vittima.

411 Sulla nascita della teoria dei tipi di autore nella dottrina tedesca G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei "tipi" di autore*, ora in *Scritti Giuridici*, Tomo II, Padova, 1966, 535 ss.

412 Tuttavia, non si può non rilevare, come la disciplina generale del concorso formale di reati, è ispirata dal principio opposto del cumulo giuridico in ottica di *favor rei*. Cosicché rimane più fondata una ricostruzione della *ratio* intorno al tipo d'autore, senza che vengano in considerazione ragioni virtuose di tutela del bene giuridico. Intravede in taluni delitti aggravati una valorizzazione della tipologia d'autore S. PREZIOSI, *Maltrattamenti*, cit., 1460.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI A., *Commentario della Costituzione (art. 27 I° comma) in Commentario della Costituzione – Rapporti civili – art. 27-28*, Bologna, 1991.
- AMORTH A., *La costituzione italiana – commento sistematico*, Milano, 1948.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, edizione XVI, Torino, 2003.
- ARDIZZONE S., *Le ipotesi di responsabilità oggettiva: tra dogmatica e politica criminale*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 285 ss.
- BARTOLI R., *Uno studio sulla colpevolezza tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2003.
- BARTOLI R., *"Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 2010, 1047 ss.
- BASILE E., *Condotta atipica e imputazione plurisoggettiva: alla ricerca del coefficiente di colpevolezza del concorrente "anomalo"* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2015, 1336 ss.
- BASILE F., *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005
- BASILE F., *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle sezioni unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 911 ss.
- BASILE F., *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 28 febbraio 2014 (ud. 19 novembre 2013) n. 9770, in *Dir. pen. cont., Rivista Trimestrale* 3-4, 2014, 413.
- BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.
- BELLINI F., *Brevi osservazioni sulla collocazione tassonomica della preterintenzione e sulla sua essenza psicologica*, in *Riv. pen.*, 10, 2009, 1089 ss.
- BENTHAM J., *Introduction to the principles of Morals and Legislation*, Oxford, 1879.
- BETTIOL G., *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980.
- BETTIOL G., *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, ora in *Scritti Giuridici*, Tomo II, Padova, 1966, 602 ss.
- BETTIOL G., *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

1980, 1007 ss.

BETTIOL G., *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Scritti Giuridici*, 1966-1980, Padova, 101 ss.

BETTIOL G., *Azione e colpevolezza nelle teorie dei "tipi" di autore*, ora in *Scritti Giuridici*, Tomo II, Padova, 1966, 535 ss.

BETTIOL G. – PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto Penale*, XII ed., Padova, 1986.

BONDI A., *L' "esclusività" di Rengier (contributo alla critica dei reati aggravati dall'evento)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 1994, 1460 ss.;

BONDI A., *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999.

BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013.

BRUSCO C., *La colpa nelle attività illecite*, in *Cass. pen.*, 3, 2012, 1164 ss.

CANEPÀ A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011.

CANESTRARI S., *I delitti aggravati dall'evento: prospettive di riforma*. in *Ind. pen.*, 1993, 3., 569 ss.;

CANESTRARI S., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, in *St. Iuris*, 1996, 1396 ss.

CANESTRARI S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.

CANESTRARI S., (voce) *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 694 ss.;

CANESTRARI S., *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 3, 884 ss.;

CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Al confine tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

CANESTRARI S., *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 1, 2012, 21 ss.

CANESTRARI S. - CORNACCHIA L. - DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007.

CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, II edizione, Padova, 2005;

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, IV, Lucca, 1872.

- CARMONA A., *Il versarsi in re illicita "colposo". Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1, 223 ss.
- CARMONA A., *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 12, 2009, 4585 ss.
- CASTALDO A., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881 ss.
- CASTALDO A., *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3, 1018 ss.;
- CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.
- CASTRONUOVO D., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2011, 1594 ss.
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale – Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, in "I Libri" di Arch. pen., Roma, 2012.
- CERQUA L.D., *Il criterio di imputazione dell'evento non voluto nell'omicidio preterintenzionale. Brevi osservazioni*, in *Giur. merito*, 2009, 1058 ss.
- CONCAS L., *I delitti qualificati da una offesa aberrante struttura e natura giuridica*, in *Scuola positiva*, 1965, 384 ss.
- CONTI, (VOCE), *Aberratio*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1957, 37.
- CONTI L., *I reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, 715 ss.
- CORI C., *Alcune considerazioni sull'elemento psicologico nell'omicidio preterintenzionale*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2006, 2436 ss.;
- CORN E., *Il principio di precauzione nel diritto penale – studi sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013.
- CORNACCHIA L, (voce) *Reato aberrante*, in *dig. disc. pen.*, vol. XI, 168 ss.
- CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.
- D'ANDRIA M., *Art. 584*, in Lattanzi G. – Lupo E. (a cura di) *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IV, Milano, 2010, 265 ss.
- D'AURIA D., *Omicidio stradale: prime osservazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2016, 432 ss.

DASSANO F., *Colpa specifica ex art. 586 e funzione incriminatrice dell'art. 113*, in *Riv. it. dir., proc. pen.*, 1977, 414.

DASSANO F., *La colpa in re illicita: verso il superamento della responsabilità oggettiva*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, 2010, 249 ss.

DE FRANCESCO G., *Opus illicitum: tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 3, 994 ss.

DE FRANCESCO G., *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998.

DE FRANCESCO G., *Diritto penale, I fondamenti*, Torino, 2011.

DE FRANCESCO G., *Diritto penale, Vol. 2 – Forme del reato*, Torino, 2013.

DEMURO G. P. , *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1420 ss.

DE SANTIS G., *Violazione della regola cautelare formalizzata e prevedibilità/evitabilità dell'evento alla luce di alcuni recenti arresti della VI sezione penale della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. pen.*, 2011, 11, 1104 ss

DE VERO G., *Corso di diritto penale, I*, Torino, 2004.

DE VERO G., *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2, 2016, 670 ss.

DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.

Dodaro G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

DOLCINI E., *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979. 755 ss.

DONINI M., *Il reato aberrante*, in Bricola-Zagrebelsky, *Giurisprudenza sistematica del diritto penale*, Vol. II, Torino, 1984, 806 ss.

DONINI M., (voce) *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir. annali*, 2007, 635 ss.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.

DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, Parte I, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 ss.

DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, Parte II, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1114 ss.

- DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento - Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.
- DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2013, 124 ss.
- FERRARA I. P., *Natura obiettiva e funzione selettiva dell'elemento differenziale*, in *Ind. pen.*, 2002, fasc. 3, 955 ss.
- FIANDACA G., *Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 29 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2014.
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: prima lettura della sentenza 364/1988*, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.;
- M. FINZI, *Il delitto preterintenzionale*, Torino, 1925.
- FLORA G., *La responsabilità penale personale nelle sentenze della Corte Costituzionale*, in *Temi*, 1974, 264 ss.
- FLORIAN E., *Diritto penale, parte generale*, Milano, 1930.
- FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FRESA R., *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, in *Trattato di diritto penale*, Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), Parte speciale, vol. VII, Torino, 2011.
- FROSALI R., *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971.
- GALLO E., *Delitti aggravati dall'evento e delitti di attentato*, in *Giur. it.*, 1990, fasc. 11, 409 ss.;
- GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Torino, 2006.
- GALLO M., (voce) *Aberratio*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1958, 58 ss.
- GALLO M., *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi Urbinati*, 1948-1949, 213 ss.
- GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951-1952, 127 ss.
- GALLO M., voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 624 ss.
- GIZZI L., NAPPI A., *art. 83*, in Lattanzi G. – Lupo E. (a cura di) *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IV, Milano, 2010, 482 ss.

- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.
- GIUNTA F., *I tormentanti rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 1999, 1295 ss.
- GIUNTA F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.
- GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 227 ss.
- GIUNTA F., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss.
- GIUFFRIDA M., *Rischio e responsabilità penale – sez. III-* in *Giur. merito*, 2001, fasc. 1 p. 299;
- GROSSO C.F., *Rapporti fra condotta ed evento nell'art. 584 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 822 ss.;
- GROSSO C.F., *Struttura e sistematica dei c.d. "delitti aggravati dall'evento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 563 ss.;
- GROSSO C.F., *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 267 ss.
- GROSSO S., *Alla ricerca di una prospettiva di individuazione delle regole cautelari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 146 ss.
- GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.
- HART L. A.H., *Punishment and responsibility: essays in teh philosophy of law*, Oxford, 1968.
- HASSEMER W., *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1980, 42 ss.
- IMPALLOMENI G.B., *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900.
- INSOLERA G., *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Ind. pen.*, 1981, 754 ss.;
- INSOLERA G., *L'art. 116 c.p. come modello di responsabilità oggettiva: riflessioni interpretative e proposte di modifica*, in Stile A. M. (a cura di) *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 455 ss.
- INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M., (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol I, Torino, 2012.

- LA GRECA G. *sub art. 116 c.p.*, in Lattanzi G.– Lupo E. (a cura di) *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IV, Milano, 2010, 265 ss.
- LEONE G., *Il reato aberrante*, Napoli, 1964 (ristampa inalterata).
- LO PIANO M., *sub art. 586 c.p.*, in *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi E. Lupo, Vol. XI, Milano, 2010, 300 ss.
- LONGOBARDO C. , *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011.
- LORETO A., *Reati aggravati dall'evento e colpa nelle attività illecite. Un dibattito ancora aperto, tra incertezze dogmatiche e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 2, 2007, 419 ss.
- MAGGIORE G., *Principi di diritto penale*, Bologna, 1934.
- MAGNINI V., *Sulla struttura soggettiva del delitto preterintenzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1396 ss.
- MANTOVANI F., (VOCE) *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 299 ss.
- MANTOVANI F., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981. 456 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale – Delitti contro la persona*, Padova, 2011
- MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, PADOVA, 2013.
- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- MARCONI G., *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, 1993.
- MARINI G., (voce) *Colpevolezza*, in *Dig. dir. pen.*, vol. III, Torino, 1988, 314 ss.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012.
- MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1991, 3 ss., ora in G. Marinucci, *La colpa – studi*, Milano, 2013, 329 ss.
- MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma* (Capitolo III), ora in Marinucci G., *La colpa – studi*, Milano, 2013, 219 ss.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

- MARINUCCI G., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2003, 363, ora in G. Marinucci, *La colpa – studi*, Milano, 2013, 401 ss.
- MASSARI E., *Le dottrine generali del reato*, Napoli, 1930.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.
- MELCHIONDA A., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1433 ss.
- MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000.
- MICHELETTI D., *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca “sul campo”*, in *Criminalia*, 2008, 171 ss.
- MILITELLO V., *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994, 198 ss.
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.
- NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953.
- NUVOLONE P., *La concezione giuridica italiana della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 3 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2012.
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 419 ss.
- PADOVANI T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5*, in *Leg. Pen.*, 1988, 453 ss.
- PADOVANI T., *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 554 ss.
- PAEFFGEN H.U., *Soluzioni e problemi dell'imputazione dell'evento in rapporto ai delitti aggravati dall'evento nel diritto tedesco*, in A.M. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 87 ss.
- PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
- PAGLIARO A., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2003.

- PAGLIARO A., *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 3 ss.
- PALAZZO F., *"voluto" e "realizzato" nell'errore sul fatto e nell'aberratio delicti*, in *Arch. Giur.*, 1973, 27 ss.
- PALMERINI S., *L'imputazione dell'evento morte quale conseguenza non voluta di un reato doloso: il problematico approdo giurisprudenziale al criterio della colpa in concreto*, in *Leg. Pen.*, 1, 2010, 45ss
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale – Parte generale*, Torino, 2013.
- PANNAIN R., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 1965
- PATALANO V., *I delitti contro la vita*, Milano, 1984.
- PATALANO V., (voce) *Preterintenzione*, in *Enc. dir.*, Vol. XXV, Milano, 1986, 351 ss.;
- PATALANO V., (voce) *Omicidio (dir. pen.)*, in particolare sez. IV – omicidio preterintenzionale, in *Enc. dir.*, Vol. XXIX, Milano, 973 ss.;
- PAWLIK M. – CORNACCHIA L. (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale – Fondamenti filosofici sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, Napoli, 2015.
- PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano. 2010.
- PICCARDI M., *Riflessioni sul criterio d'imputazione soggettiva nell'omicidio preterintenzionale*, in *Cass. pen.*, 2004, 876 ss.;
- PONGILUPPI C., *Dolo generale e preterintenzione*, in *Cass. Pen.*, 2004, 36 ss.;
- PREZIOSI S., *Maltrattamenti seguiti da suicidio: oggettivo e soggettivo nell'imputazione dell'evento ulteriore, sullo sfondo della colpevolezza d'autore*, in *Cass. Pen.*, 1991, 12, 1986 ss.;
- PROSDOCIMI S., *Delitti aggravati dall'evento e reato complesso*, in *Ind. pen.*, 1985, 2, 281 ss.;
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.
- PULITANÒ D., *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 61 ss.
- PULITANÒ D., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. Pen.*, 2006,

778 ss.

RICCIO S., *I delitti aggravati dall'evento*, Napoli, 1936.

ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale, artt. 1-84, commento sub art. 83*, Milano, 2004, 787 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, I, art. 1-84*, Milano, 2004.

ROXIN C., *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 369 ss.

ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I*, Trad. spagnolo: *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Madrid, 2006, 345 ss.

ROXIN C., *La problema de la imputacion objetiva*, in *Cuadernos de politica criminal*, 1989, p. 749 ss.

SCHÜNEMANN B., *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella repubblica federale tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 3 ss.

STILE A.M., *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1977, 151 ss.

STILE A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989

SPASARI M., *Osservazioni sulla natura giuridica del cosiddetto delitto preterintenzionale*, in *Arch. pen.*, 1957, I, 229;

TAGLIARINI F., *I delitti aggravati dall'evento*, Padova, 1979.

TRAPANI M., *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Ristampa, Torino, 2006.

TROMBETTI S., *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, in *Trattato di diritto penale*, Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), Parte speciale, vol. VII, Torino, 2011. 219 ss.

VALLINI A., *Circostanze del reato*, in *Le forme di manifestazione del reato*, G. De Francesco, (a cura di) volume del *Trattato teorico-pratico di Diritto Penale*, diretto da F. Palazzo e C. E. Paliero, Torino, 2011, 1 ss.

VALLINI A., *Commento agli articoli 82 - 82*, in T. Padovani (a cura di) *Codice Penale*, 4° ed., Milano, 2014, 587 ss.

VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.

VALLINI A., *“Cause sopravvenute da sole sufficienti” e nessi tra condotte*, in *Dir. pen.*

cont., 32 ss. disponibile all'indirizzo:
http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1341953487Vallini%20-%20Cause%20da%20sole%20sufficienti_def.pdf

VASSALLI G., *Nuove e vecchie incertezze sul reato complesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 1, 407 ss.;

VASSALLI G., *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1, 3 ss.;

VASSALLI G., *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità penale obiettiva per fatto proprio*, in *Giur. Cost.*, 1957, 1005 ss.

VASSALLI G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, 3 ss.

VASSALLI G. , (voce) *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, 1988, VI, p. 1 ss.

VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 289 ss.

VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, Padova, 2003.

ZANOTTI M., *Condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989, 343 ss.

ZUCCALÀ G., *Il delitto preterintenzionale*, Palermo, 1952