SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCIII

MATTEO LEONIDA MATTHEUDAKIS

L'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA

Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale

BUP Bononia University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCIII

MATTEO LEONIDA MATTHEUDAKIS

L'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA

Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale

BUP Bononia University Press

Bononia University Press
Via Ugo Foscolo 7, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons BY-NC-SA 4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 978-88-6923-598-6
ISBN online 978-88-6923-599-3
DOI 10.30682/sg303

Prima edizione: giugno 2020

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Donato Castronuovo (Università di Ferrara), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/17 Diritto Penale
Attilio Nisco (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/17 Diritto Penale
Kolis Summerer (Libera Università di Bolzano), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/17 Diritto Penale

Alla mia famiglia

Ringraziamenti

Desidero esprimere la più sentita gratitudine innanzitutto al mio Maestro, il Professor Stefano Canestrari, per aver guidato il mio percorso scientifico con la sua presenza costante e ricca di profondi insegnamenti. La fiducia che mi ha ripetutamente manifestato è stata fondamentale per lo sviluppo di questo libro, di cui alcune parti testimoniano anche l'ampia libertà intellettuale della quale ho sempre potuto godere.

Per il contributo alla mia formazione penalistica sin dal periodo del dottorato di ricerca nell'Università di Parma e anche per alcuni spunti decisivi ai fini della scelta del tema di questa indagine, ringrazio vivamente il Professor Alberto Cadoppi. Nello stesso contesto, sono state assai preziose anche le numerose occasioni di dialogo con il Professor Paolo Veneziani, al quale sono altrettanto grato.

Al Professor Vittorio Manes sono particolarmente riconoscente per le sincere attenzioni più volte manifestate nei miei confronti e per avermi costantemente incoraggiato a portare a compimento questo libro, fornendomi peraltro spunti di metodo lungimiranti.

Un ringraziamento speciale merita il Professor Marco Mantovani, non solo per le puntuali osservazioni formulate all'esito della paziente lettura di ogni parte del libro, ma, più in generale, per avermi generosamente concesso il privilegio di un continuo quanto cordiale dialogo da diversi anni a questa parte.

Per i numerosi e decisivi soggiorni di ricerca in Germania, sin

dal periodo del dottorato di ricerca, sono particolarmente grato al Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht (già Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht) di Friburgo in Brisgovia. Ringrazio inoltre sentitamente il Professor Michael Vitiello e la McGeorge School of Law di Sacramento (University of the Pacific) per aver reso straordinario il mio soggiorno di ricerca del 2019 in qualità di Visiting Scholar.

La passione per la ricerca scientifica mi ha permesso di incontrare (in particolare tra Bologna, Parma, Friburgo e Garda) molte persone con cui ho potuto condividere preziosi momenti di riflessione, importanti anche per questo libro, ed esperienze di vita che ricordo con affetto. Tra coloro con cui il legame si è consolidato ben oltre gli orizzonti della ricerca posso senz'altro menzionare Francesco Mazzacuva, Gian Marco Caletti e Mattia Celva, con i quali ho condiviso passaggi davvero significativi del percorso di questi anni.

A Matilde Botto e Rebecca Girani sono grato per il loro generoso "soccorso" nei momenti cruciali della lavorazione, ma il ringraziamento si estende anche agli altri colleghi che mi hanno fatto pervenire le loro osservazioni in chiusura del libro.

Infine – ma è evidentemente il pensiero più sentito al di fuori dell'ambiente accademico – esprimo la più profonda riconoscenza non solo ai miei genitori (a cui devo moltissimo), ma all'intera famiglia in cui sono cresciuto e a Francesca, per aver sempre creduto in me e aver compreso il senso dei lunghi soggiorni di ricerca lontano da casa, così come di altri sacrifici in cui li ho coinvolti. Il libro non può che essere dedicato a loro.

Parte I

L'ATTUALE «LEGALITÀ DELLA COLPEVOLEZZA»: LE BASI DELL'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA

Premessa terminologica sulla «legalità della colpevolezza» e sul concetto di imputazione colpevole differenziata, in senso stretto e in senso ampio

Il ricorso all'espressione «legalità della colpevolezza» non è usuale nelle trattazioni penalistiche e, a prima vista, potrebbe apparire persino poco ortodosso. In realtà, alla scelta di una terminologia originale non corrispondono stravaganze concettuali, trattandosi essenzialmente di calare la lente di ingrandimento su taluni rapporti, per lo più consolidati, tra due dimensioni fondamentali della responsabilità penale.

L'accostamento, di per sé, di legalità e colpevolezza non dovrebbe destare particolari perplessità, risultando questi due concetti, almeno agli occhi del penalista contemporaneo, ampiamente correlati, come si avrà modo di dire meglio più avanti, dove si potranno esaminare i dettagli di tale accostamento. Sia consentito limitarsi ora a osservare, in termini generali, come sia tutt'altro che eccentrico il riferimento alla colpevolezza alludendo a una realtà assoggettata alla legalità, cioè basata su previsioni di diritto positivo, in senso illuministico[1].

[1] In diverse occasioni si richiamerà anche l'apporto della giurisprudenza alla definizione del quadro della «legalità della colpevolezza»: un contributo normalmente di carattere interpretativo e che, in ogni caso, difficilmente può concepirsi in termini del tutto indipendenti dallo *ius scriptum*.

Naturalmente, una maggior specificazione in merito a quale accezione di colpevolezza, tra le tante (ad esempio, quale categoria dogmatica piuttosto che come principio; normativa piuttosto che psicologica), si voglia assumere come riferimento consentirebbe di calibrare ancora meglio il discorso, anche se ciò non è ora strettamente indispensabile, in quanto la plausibilità dell'espressione a cui la prima parte di questa premessa è dedicata pare potersi dimostrare comunque con alcune brevi e decisive considerazioni.

Se è vero che la colpevolezza evoca un giudizio individualizzante, che va oltre la dimensione astratta e «impersonale» dell'illecito penale[2], è però persino intuitivo, allo stesso tempo, che tale giudizio possa e anzi debba essere sottoposto a delle regole. Concretizzare il discorso, prendendo spunto da norme già esistenti, può senz'altro agevolarne la comprensione.

Quando si leggono talune disposizioni codicistiche come quelle degli artt. 42 e 43 c.p., si trova la disciplina legale di aspetti indubbiamente riconducibili all'imputazione colpevole. In quelle disposizioni, il legislatore ha preso posizione, ha fatto delle scelte confluite in precise regole: ad esempio, si è affermata, non senza discrezionalità, la qualificazione colposa[3] della figura che si indica spesso come «colpa cosciente» (o, più propriamente, «colpa con previsio-

[2] In particolare, anche per l'espressione riportata tra virgolette, M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 19 ss.

[3] Parte della dottrina si è espressa nel senso che il legislatore non sarebbe vincolato al riconoscimento di una realtà precostituita nel definire concetti come la colpa penale, a maggior ragione privilegiandone una concezione normativa; né il legislatore dovrebbe ambire a scolpire dettagliatamente l'essenza di concetti del genere. In questo senso, pur con sfumature differenti, ad esempio, M. Gallo, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 636; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 131 e 132; D. Castronuovo, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 516 e 536 (da cui si trae il virgolettato seguente), secondo cui «non pare possibile accreditare definizioni legali (ma anche dottrinali o giurisprudenziali) che – esorbitando dal carattere "sistematico" e dalle connesse funzioni "ermeneutica" e "di disciplina" – aspirino a fornire una formulazione categoriale "di essenza", nel tentativo illusorio di attingere i connotati consustanziali, ontologici della colpa (come del dolo), e così di ipostatizzarne in un concetto generale l'*in se*».

Di libertà di scelta e quindi di discrezionalità del legislatore si è parlato anche qui, nel testo. Ciò non sembra però precludere, dopo le prese di posizione dello stesso legislatore e proprio sulla base di esse, la possibilità per l'interprete di ricavare dei tratti identitari di dolo e colpa, così da smascherare quelle forzature tramite

ne dell'evento»)[4], richiedendo la volontà – in aggiunta alla rappresentazione: l'art. 43, comma 1, 1° alinea, c.p., per l'esattezza, parla di previsione, concetto in rapporto di specialità rispetto alla rappresentazione, come si vedrà – per l'integrazione del dolo, così come si è stabilito che la responsabilità colposa (e quella preterintenzionale), in ambito delittuoso, possa essere configurata soltanto in ipotesi espressamente previste e, ancora, che, in ambito contravvenzionale, valga invece la regola della ordinaria sufficienza della colpa per l'imputazione del fatto all'autore materiale dello stesso.

È evidente come le previsioni codicistiche appena menzionate rappresentino dei chiari indici di legalità per il giudice, il quale non potrà ignorarli nel pronunciarsi su un caso concreto, soprattutto laddove si tratti di pervenire a una condanna.

A un livello superiore rispetto a quello della legge ordinaria, si può dire che l'art. 27 Cost., pur non esprimendosi con una formulazione del tutto esplicita in tal senso, ormai rappresenti comunque un punto di riferimento normativo per l'imputazione colpevole, consacrando nel nostro ordinamento, tra l'altro, il principio del *nullum crimen sine culpa*. Tale principio segna indubbiamente un limite (anche) di legalità per le previsioni di rango inferiore ed è appunto in grado di condurre la Corte di Palazzo della Consulta a pronunce di illegittimità costituzionale delle stesse.

Anche dal sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali si possono ricavare taluni vincoli in materia di colpevolezza. Analogamente alle previsioni della Costituzione (ancorché con innegabili peculiarità),

---

le quali, in concreto, l'imputazione dolosa venga deformata al punto da non essere distinguibile rispetto a quella colposa.

[4] Per la distinzione, spesso appannata dalla dottrina italiana e invece più comune nell'ambito di quella tedesca, tra «colpa cosciente» e «colpa con previsione dell'evento», in particolare, D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 390 ss., ove l'Autore considera esplicitamente anche una terza forma, la «colpa con rappresentazione» (su cui, già S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè, 1999, in particolare p. 209): «Categoria residuale – e di incerta autonomia – rispetto alla precedente [la colpa cosciente], in cui il profilo cognitivo connesso alla realizzazione di un fatto volontario si estende anche a elementi ulteriori rispetto alla trasgressione di una o più regole cautelari e alla percezione della situazione di rischio specifico, ma comunque diversi dall'evento dannoso o pericoloso» (p. 392).

anche le disposizioni convenzionali, come interpretate dalla giurisprudenza di Strasburgo, sono notoriamente capaci di condizionare l'interpretazione e persino la legittimità di norme interne.

Questa pluralità di fonti rappresenta quella che potrebbe definirsi la base legale dell'imputazione colpevole del fatto di penale rilevanza: la «legalità della colpevolezza», appunto.

Tale base costituisce inevitabilmente il punto di partenza e di costante riferimento dello studio che si intende sviluppare in questa sede sull'«imputazione colpevole differenziata», ossia sulla coesistenza di criteri di imputazione colpevole, segnatamente del dolo e della colpa, nella definizione della responsabilità penale di un individuo.

Tra gli obiettivi della trattazione, vi è quello di mettere in evidenza come si tratti di una pluralità significativa di modelli, che va ben oltre l'ipotesi dell'illecito preterintenzionale, a cui può forse correre immediatamente il pensiero, quantomeno se se ne accetta, come pare decisamente opportuno, una lettura costituzionalmente conforme. Non a caso, proprio l'approfondimento della responsabilità preterintenzionale verrà anteposto all'analisi di ulteriori figure altrettanto in grado di palesare un affiancamento dei due principali criteri di imputazione colpevole. La preterintenzione può essere assunta quale ipotesi prototipale dell'imputazione colpevole differenziata per più motivi, tra cui l'avanzato grado di sviluppo del confronto dottrinale in merito alla possibile combinazione di dolo e colpa rispetto al medesimo fatto di reato, ma soprattutto in ragione della scelta legislativa di frapporne la definizione (*rectius*: quella di delitto preterintenzionale) a quelle "fondative" di dolo e colpa (*rectius*: di delitto doloso e delitto colposo), gettando così le basi per lo sviluppo di una prospettiva ulteriore rispetto a quella della responsabilità integralmente dolosa o colposa.

Al di fuori dell'ambito preterintenzionale, sono diversi gli istituti che consentono il profilarsi di forme di responsabilità in parte dolosa e in parte colposa. Ad esempio, la disciplina attuale dell'art. 5 c.p. sull'*ignorantia legis* oppure quella relativa all'imputazione delle circostanze aggravanti prevista dalla versione vigente dell'art. 59, comma 2, c.p., laddove riferite ai delitti dolosi, comportano di regola un effetto del genere.

Si tratta, nel complesso, di una fenomenologia già ampiamente osservabile, in vario modo emergente dal tessuto normativo vigente e forse ancor più vitale nella prassi, ove gioca o almeno dovrebbe giocare un ruolo importante anche l'affermazione del *nullum crimen sine culpa*.

Il diverso approccio culturale alle potenzialità dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost. è uno degli aspetti che sicuramente più differenzia la presente trattazione da alcuni tentativi precedenti di pervenire a una prospettiva di insieme delle plurime sinergie tra dolo e colpa[5]. Se la presenza troppo ingombrante della responsabilità oggettiva rappresenta indubbiamente un limite, per certi versi comprensibile, di contributi maturati in un periodo storico precedente alla svolta della Corte costituzionale del 1988, allo stesso tempo è possibile riconoscere loro il merito di aver correttamente compreso la centralità degli addebiti parzialmente svuotati di dolo e colpa, normalmente per esigenze probatorie, ai fini della (successiva) genesi e dello sviluppo delle «fattispecie penali miste di dolo e colpa»[6].

Tale genesi, a ben vedere, pare per lo più il frutto di due processi di natura differente, ma convergenti.

Da un lato, la parziale "erosione" per via legale dell'oggetto del dolo ha aperto inizialmente le porte alla responsabilità oggettiva, richiuse garantisticamente dalla Corte costituzionale, ma comportando un avanzamento soltanto di un "gradino" oltre la soglia della col-

---

[5] Nella dottrina italiana, a parte i numerosi contributi su specifiche ipotesi (o classi di ipotesi: ad esempio, quelle relative alla colpa in attività illecita) riconducibili all'imputazione colpevole differenziata, l'opera monografica che più si pone un obiettivo analogo sembra essere quella di P. Amelio, *Le fattispecie penali miste di dolo e colpa*, Napoli, Jovene, 1977. Nelle pagine di premessa di tale contributo (pp. 3 e 4), si dà conto degli intenti dell'indagine, nata dichiaratamente con un taglio sostanzialmente saggistico e di portata tematica più circoscritta (ossia limitata alle fattispecie di assegno a vuoto o irregolare, di bancarotta semplice e di omesso controllo del direttore responsabile di periodico), per poi considerare anche alcuni ambiti delittuosi di tutela della persona e quindi pervenire a conclusioni più generali. Proprio nell'ampliare la prospettiva, si nota il ruolo centrale che la responsabilità oggettiva, pur esplicitamente avversata dall'Autore, assume in tale contributo e che finisce inevitabilmente per offuscare, quantomeno nella ricostruzione *de iure condito* dell'epoca, gli spazi e la fisionomia che la colpa potrebbe invece avere (e che oggi le si possono effettivamente riconoscere) affianco al dolo.

[6] Il titolo del libro di P. Amelio, *Le fattispecie penali miste di dolo e colpa*, cit., è in questo senso particolarmente lungimirante.

pevolezza, cioè fino al livello della colpa: è l'evoluzione, ad esempio, della disciplina dell'*ignorantia aetatis* nell'ambito dei reati sessuali, a cui la trattazione dedicherà ampio spazio.

Dall'altro lato, si registrano "deformazioni" strutturali di singoli delitti dolosi da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità, che sviluppano orientamenti di dubbia legalità in cui traspare una "normativizzazione" del dolo (quando non si tratta di mera presunzione), rendendolo sostanzialmente indistinguibile dalla colpa[7]. Ciò avviene normalmente con riferimento a una parte soltanto dell'illecito, consentendo quindi una fattuale coesistenza di dolo e colpa, come si vedrà specialmente trattando l'approccio giurisprudenziale al delitto di atti persecutori, in cui l'imputazione colpevole differenziata è il risultato di una "fattispecie giurisprudenziale".

Assecondando la tradizione che aggancia principalmente alla *tipicità* la qualificazione formale e sintetica della responsabilità dolosa o colposa per l'illecito penale, si parlerà di *imputazione colpevole differenziata in senso stretto*, riferendosi alle sinergie – un'espressione non meno efficace pare quella di *interferenze* – tra dolo e colpa entro tale piano selettivo "forte"[8] (ma non definitivo), e di *imputa-*

---

[7] Lo svuotamento della dimensione psicologica effettiva del dolo è sostanzialmente accettato più che altro da taluni orientamenti della dottrina straniera. In tal senso, si veda la trattazione relativamente recente di G. Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, ove ampi riferimenti al dibattito in argomento all'interno della dottrina tedesca (sia risalente che contemporanea) in cui questo particolare approccio al dolo è tutt'altro che raro (pp. 159 ss. e 228 ss.).

[8] Si tratta di uno dei concetti basilari – si potrebbe dire identitari – del diritto penale, quantomeno di quello contemporaneo e in ordinamenti come il nostro. La terminologia al riguardo è però tutt'altro che univoca in dottrina, rendendo qui opportuna una breve precisazione. Nel corso della trattazione, le espressioni «tipicità» e «fatto tipico» verranno spesso usate per indicare indifferentemente tanto il comportamento illecito descritto legalmente in astratto quanto quello concreto che sia al primo conforme nonché, di per sé, il carattere di sussumibilità dell'ultimo nell'ambito del primo (ciò riguarda più che altro la tipicità). Per «tipizzazione» si intenderà invece, essenzialmente, l'attività di formulazione e messa a punto in astratto del comportamento penalmente rilevante, talvolta in senso retrospettivo, riferendosi quindi a disposizioni vigenti, mentre in altri casi in una prospettiva *de iure condendo*, alludendo cioè alle connotazioni strutturali che, sempre in astratto, un reato dovrebbe assumere.

La produzione letteraria in argomento è sconfinata ed è qui impossibile dare adeguatamente conto del percorso compiutosi passando da Ernst Beling (*Die Leh-*

zione colpevole differenziata in senso ampio, espressione capace di evocare l'estensione dell'indagine a ulteriori livelli sistematici.

L'indagine, nella II parte della trattazione, a cui si perverrà dopo un'ampia e aggiornata ricostruzione delle basi dell'imputazione colpevole conforme ai principi costituzionali, verrà condotta secondo una progressione che manterrà inizialmente aderenza all'ipotesi prototipale della preterintenzione, privilegiando quindi il modello in cui la parziale imputazione colposa si riferisce a un evento, per poi considerare quelle particolari combinazioni di dolo e colpa in cui quest'ultima si riferisce a un elemento diverso dall'evento: per questo contesto, la predetta disciplina dell'*ignorantia aetatis* si rivelerà particolarmente significativa. Tra gli aspetti costantemente considerati nel corso dell'analisi, alcuni fattori qualificabili come identitari, relativi essenzialmente all'edificazione della regola cautelare, alla plausibilità della limitazione della punibilità a gradi elevati di colpa, alla polarizzazione dell'illecito a imputazione colpevole differenziata sul dolo o sulla colpa, alla proporzione sanzionatoria.

L'idea di dedicarsi a una razionalizzazione di questa complessa fenomenologia, suggerendo alcuni spunti di riforma[9], appare plausi-

---

re vom Verbrechen, Tübingen, Mohr, 1906) e Giacomo Delitala (*Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930) fino all'attualità. Tra i contributi fondamentali della dottrina italiana, volti a inquadrare la tematica in prospettive differenti, senza alcuna pretesa di esaustività (e anzi anche per ulteriori riferimenti bibliografici), G. Marinucci, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss.; A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960; M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, Giappichelli, 1979, in particolare p. 112 ss.; G. Vassalli, voce *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, XLIV, 1992, p. 535 ss.; A. Gargani, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand*. Le origini della tipicità penale*, Milano, Giuffrè, 1997, di cui si vedano le pp. 1 ss. e 11 ss. per precisazioni terminologiche più articolate rispetto a quelle poc'anzi sviluppate; M. Catenacci, *"*Legalità*" e "*tipicità del reato*" nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003, in particolare pp. 41 ss. e 63 ss., riguardo al diritto penale internazionale; R. Alagna, *Dialogo breve sulla tipicità penale*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 3 ss., del quale si veda pure Id., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, Bononia University Press, 2007, in particolare pp. 174 ss. (ove una distinzione tra «fattispecie penale» e «tipicità») e 199 ss.

[9] In questo senso, più vicino all'impostazione che ci si accinge a sviluppare è un contributo di Gian Paolo Demuro, in cui il paragrafo conclusivo si occupa della possibilità di pervenire a una «generalizzazione» della combinazione di dolo e col-

bile nella misura in cui l'integrazione nel sistema avvenga con ampia consapevolezza del contesto normativo interessato, onde prevenire il più possibile il rischio di "crisi di rigetto". Ciò suggerisce pertanto lo sviluppo di un itinerario volto innanzitutto a definire le coordinate normative di riferimento.

---

pa rispetto alla tipicità di un illecito, estendendo così (pur con gli opportuni adattamenti) una formula che già è stata inquadrata con riferimento alla preterintenzione e che ben potrebbe occupare alcuni degli spazi una volta riservati alla responsabilità oggettiva: G.P. Demuro, *La combinazione dolo-colpa nella preterintenzione: contro il regresso al* dolus indirectus, in *Diritto @ Storia*, 2016, par. 5, che estende il modello anche alle condizioni di punibilità intrinseche.

Capitolo I

LE COORDINATE CODICISTICHE DEGLI ARTT. 42 E 43 C.P.

1. *Alla base dell'"imputazione": la* suitas *e le differenze essenziali rispetto al dolo*

Per iniziare a mettere a fuoco il significato dell'espressione proposta di «imputazione colpevole differenziata», pare opportuno volgere subito lo sguardo verso il codice penale, considerando in particolare quelle che sono le disposizioni più rappresentative in argomento.

Diversi sono gli articoli codicistici, talvolta riscontrabili anche nella c.d. parte speciale, che contribuiscono a dare identità all'imputazione colpevole. Nel corso dell'indagine, quasi tutti questi verranno presi in considerazione "da vicino", ma pare ora opportuno cominciare da una serie di disposizioni chiave, di sistema, il cui immediato richiamo consentirà di sviluppare con ordine il resto del discorso.

È allora all'art. 42 c.p., in particolare, che si deve previamente guardare per ricavare importanti elementi di riferimento. La rubrica dell'articolo fa subito apparire giustificata la scelta di assumerlo quale punto di partenza: «Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva».

Già il comma 1, apparentemente meno interessante di altri ai fini della presente trattazione, contiene in realtà una previsione indubbiamente meritevole di considerazione: «Nessuno può essere pu-

nito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà».

La terminologia impiegata dal legislatore, in particolare il riferimento a «coscienza e volontà», potrebbe far pensare che il codice abbia così definito il dolo, effettivamente connotato, tradizionalmente, da un elemento di natura cognitiva e da un'importante – si potrebbe dire identitaria – componente volitiva. Si tratta, invece, della previsione di un requisito comune a tutti gli illeciti penali (anche non dolosi, quindi), che sta a significare che l'individuo può essere punito soltanto per condotte da lui dominate oppure, secondo una lettura che si è ampiamente affermata, quantomeno dominabili[1]. Soltanto a queste condizioni, il fatto nella sua materialità o comunque nella sua essenza di condotta acquisisce quel carattere di "umanità", di riconducibilità alla persona; il fatto può dirsi «suo»: in questo senso si impiega l'efficace ed evocativa espressione di *suitas*, riconducibile, in particolare, a Francesco Antolisei[2].

L'estensione alla dominabilità, in alternativa alla limitazione al dominio effettivo del fatto, come è noto, si è affermata al fine di sviluppare una regola valida per tutti gli illeciti penali, in particolare con l'obiettivo dichiarato di adattarsi al meglio anche agli illeciti colposi e, soprattutto, a quelli omissivi, considerato il fallimento del tentativo di "materializzare" questi ultimi ricorrendo alla retorica dell'*aliud agere*[3].

---

[1] È evidente che dominio effettivo del fatto e dominabilità si pongono in un rapporto di presupposizione, nel senso che il governo effettivo del fatto ne dimostra la sua dominabilità.

[2] F. Antolisei, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, Istituto Editoriale Scientifico, 1928, pp. 59 e 60, ove si afferma che il «rapporto di intima connessione tra il movimento esteriore e la personalità del soggetto è quanto basta perché si abbia l'azione. In tale rapporto consiste il coefficiente psichico dell'azione, il quale, perciò, non deve ravvisarsi nella volontarietà dell'atto, sibbene nell'*attribuibilità dell'atto al soggetto*; in altri termini nella suità dell'atto. Ecco il *minimum* sufficiente per l'esistenza dell'azione! In conseguenza non è azione solo l'atto volontario, ma qualsiasi altro, volontario o involontario, positivo o negativo, che abbia un *valore sintomatico per la personalità dell'autore*: che sia "proprio" di lui; che possa dirsi "*suo*"».

Per un quadro piuttosto aggiornato sul tema, V. Ciliberti, *La* suitas*. Stato dell'arte e prospettive di un istituto controverso*, in *Cult. giur. dir. viv.*, 2017, a cui si rinvia anche per un'interessante ricognizione di carattere comparatistico (p. 20 ss.).

[3] In questi termini, il discorso si intreccia con una annosa contrapposizione dottrinale sulla possibilità di individuare un concetto unitario di azione nel dirit-

Nell'ambito della responsabilità per colpa, non è comunque escluso che, in concreto, il soggetto abbia il governo effettivo di significative porzioni del fatto. In un reato colposo di evento, ad esempio, la condotta causalmente decisiva può ben essere ampiamente deliberata e, al contempo, il risultato da prevenire non essere voluto: il che si verifica in ragione di una propria (anche solo occasionale) inadeguatezza nella lettura o comunque nella gestione del rischio[4]. Si pensi a un incidente stradale cagionato dal guidatore che abbia il

---

to penale. Al riguardo, nella dottrina italiana, è ben nota la radicale critica di G. Marinucci, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, Giuffrè, 1971, ad esempio p. 4, in cui si prende già chiaramente posizione: «la rinuncia a costruire un concetto unitario di azione o perlomeno la radicale riduzione delle sue funzioni sistematiche, appare sempre più come un obiettivo non solo raggiungibile, ma addirittura necessario, anzi il solo metodologicamente corretto». In termini opposti si trovano altrettanto autorevoli prese di posizione, come, ad esempio, quella di M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 421, che ritiene un «concetto superiore unitario di azione» non solo «utile», ma anche «fondato e legittimo» e mette subito in relazione la questione con la *suitas*, osservando cioè che «l'azione e l'omissione dolose e colpose, prima ancora che essere (valutate come) dolose o colpose, sono qualificabili come comportamento umano (*actus humanus*, non semplicemente *actus hominis*) se ed in quanto siano dominate o almeno dominabili dalla volontà. Solo quando sia presente questa signoria della volontà (effettiva o potenziale) del soggetto sulla (o in relazione alla) situazione concreta, il fatto dell'uomo si distingue dal mondo dei semplici accadimenti naturali e diviene oggetto plausibile delle pretese valutative delle norme giuridico-penali».

[4] Nell'ambito della responsabilità colposa, per una esplicita considerazione del ruolo («di tipo *negativo*» o eventuale) di profili di dominio effettivo del fatto sul piano psicologico, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 365 ss. Per una peculiare rilettura del ruolo della volontà nella teoria della colpa, G. Civello, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, Giappichelli, 2013, in particolare p. 213 ss.; Id., Quaestio disputata*: sulla colpa penale come vizio della volontà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1318 ss., ove una ricca ricognizione storica e una rielaborazione (p. 1336 ss.) di una posizione leggibile già, ad esempio, in M. Ronco, *Descrizioni penali d'azione*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, Giappichelli, 2004, in particolare p. 265 ss., in cui si ravvisa l'essenza della colpa in un «disordine della volontà», oppure in un «vizio» di quest'ultima.

In merito alle relazioni tra *suitas* e responsabilità colposa, si veda anche N. Selvaggi, *Dominabilità dell'atto e comportamento colposo. Osservazioni su un rapporto sistematico non sempre chiaro*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1221 ss.

In giurisprudenza, sui rapporti tra coscienza e volontà, colpevolezza e caso fortuito, con specifico riferimento al caso di un automobilista che, tenendo una condotta di guida imprudente, aveva cagionato la morte di una persona dopo essere stato colto da malore, si veda Cass., Sez. un., 14 giugno 1980, in *Cass. pen.*, 1981,

pieno controllo materiale del mezzo ma non si accorga di dover dare la precedenza a un altro veicolo, giungendo a collidere con esso.

Il dolo, come si avrà modo di vedere meglio, si connota in termini non riducibili alla mera dominabilità del fatto e ha quindi normalmente una portata ben più ampia della *suitas*, financo concependo quest'ultima esclusivamente come (cioè non meno che) dominio effettivo del fatto. Tale maggior estensione è tanto più percepibile quando la fattispecie incriminatrice a cui il dolo si riferisce sia ricca di elementi costitutivi e vada oltre la pura dimensione materiale del comportamento umano[5].

Concretizzando il discorso, basta che nella struttura dell'illecito doloso vi sia un evento naturalistico per evidenziare i limiti (cioè la non "autosufficienza") della disposizione codicistica in esame al fine di qualificare dolosamente il fatto: è proprio rispetto a un evento[6] che il legislatore ha parlato di intenzione, quale ulteriore elemento psicologico necessario al fine di connotare in termini di dolosità il fatto. Ma pure in caso di reato di mera condotta, la tipizzazione del comportamento penalmente rilevante arricchendolo di particola-

---

p. 496, con nota di T. Padovani, *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta nel reato colposo*, p. 497 ss.

[5] È infatti riferendosi alla sola condotta (e non anche agli altri elementi costitutivi dell'illecito) che si è detto che «nel reato doloso vale incondizionatamente il 'dogma' dell'*azione cosciente e volontaria* come pietra angolare della fattispecie, affermato impropriamente dall'art. 42 comma 1 c.p. in rapporto a qualsiasi tipologia criminosa»: G. de Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 414.

[6] Sulla peculiare concezione di evento alla base delle formulazioni di parte generale del codice del 1930, si veda la ricognizione di M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 245 ss., il quale ricorda la nota posizione di (Arturo) Rocco, di ascendenza lisztiana, sulla necessaria presenza in ogni reato di una modificazione del mondo esteriore; un'idea che, nonostante il pregio di mantenere un'attenzione costante ai profili di materialità e offensività dell'illecito, ha faticato ad imporsi in quanto ritenuta «troppo assolutizzante» (p. 250). Il rischio sarebbe cioè quello di appannare le articolazioni strutturali della tipicità, confondendole con la loro funzione sostanziale, mostrando limiti notevoli in particolare nell'impostazione dell'accertamento causale, dove risulterebbe quanto mai evidente l'opportunità di non considerare l'evento e la condotta un tutt'uno. Una delle più compiute rielaborazioni dell'idea per cui non vi sarebbero delitti di mera condotta è senz'altro quella di N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 134 ss., a cui si rinvia anche per diffusi riferimenti alla dottrina italiana e di lingua tedesca pronunciatasi in termini affini.

ri elementi descrittivi o normativi fa sì che anche questi, e non solo la dimensione materialmente realizzativa del fatto, debbano essere oggetto di dolo[7].

Quando il comma 1 dell'art. 42 c.p. parla di coscienza, secondo l'interpretazione più consolidata, non fa riferimento allo stesso concetto che sostanzia la dimensione rappresentativa del dolo. Solo quest'ultima e non anche la componente cognitiva della *suitas* deve profondamente rapportarsi pure al contenuto semantico dei profili di tipicità del fatto[8]; così come non riguarda la *suitas*, ma solo il dolo, la necessità di una corretta rappresentazione (della sussistenza) degli eventuali elementi normativi della fattispecie (art. 47, comma 3, c.p.)[9].

In definitiva, l'evoluzione del dibattito sul comma 1 dell'art. 42 c.p., lambendo soltanto le definizioni di dolo e colpa, consente di ricavare, più che altro, che di imputazione colpevole può parlarsi soltanto a fronte di una condotta controllabile dalla persona, la quale non può invece rispondere penalmente quando non è affatto libera di autodeterminarsi.

A ben vedere, in questo contesto, dell'espressione «imputazione colpevole» va accentata la parola «imputazione». È vero che in caso di condotta non dominabile dal soggetto è assai difficile ravvisare una colpevolezza, ma si potrebbe anche affermare, con l'accordo di una parte consistente della dottrina, che, ancor prima, in una suc-

---

[7] Per un'analoga critica alla perfetta identificazione concettuale di *suitas* e dolo, G. Balbi, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, Jovene, 1995, p. 162 ss., in particolare p. 165 ss.

[8] Si tratta di una questione che verrà ripresa in questa trattazione occupandosi della tutela penale dei titoli di proprietà industriale, con particolare riferimento a condotte pregnanti come quella di contraffazione.

[9] Sugli elementi normativi e sulla controversa questione della differenza rispetto agli elementi descrittivi, si rinvia (anche per ampie ricostruzioni dell'evoluzione concettuale dei *normative Merkmale*) ai contributi monografici di L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 4 ss.; C. Silva, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, Cedam, 2014, in particolare p. 175 ss.; S. Bonini, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, in particolare pp. 187 ss. e 235 ss., ove una presa di posizione nel senso dell'appartenenza dell'elemento normativo (ritenuto distinguibile da quello descrittivo) alla dimensione del fatto di reato e non a quella del precetto, con evidenti implicazioni sull'oggetto del dolo.

cessione logica, il fatto materiale non abbia dignità di condotta normativamente attribuibile al soggetto, non gli sia imputabile[10]. Del tutto coerentemente, allora, la previsione esaminata è collocata in anticipo rispetto alla disciplina relativa ai principali criteri di imputazione colpevole, che dunque presuppongono la *suitas*, ma non si identificano con essa. La priorità ora evidenziata si potrebbe persino leggere nel senso che, nella prospettiva del legislatore del 1930, i requisiti minimi dell'art. 42, comma 1, c.p. non potessero difettare nemmeno nelle ipotesi incolpevoli riconducibili al comma 3.

L'ordine logico che si delinea dovrebbe trovare corrispondenza anche sul versante processuale, nel senso che, guardando alle possibilità contemplate dall'art. 530 c.p.p., il proscioglimento di un imputato per difetto di *suitas* dovrebbe essere accompagnato dalla formula «perché il fatto non sussiste» (in alternativa, in particolare, alla formula «perché il fatto non costituisce reato», impiegata solitamente a fronte di ipotesi di fatto tipico ma non colpevole)[11], che ben esprime la carenza di un fatto di concreta rilevanza per il diritto penale[12].

Le considerazioni finora svolte assumeranno particolare importanza per un corretto approccio alle ipotesi di imputazione colpevole differenziata. In esse, è "normale" riscontrare una parziale erosione

---

[10] In questo senso, tra i contributi più recenti, S. Canestrari, *Art. 42*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 254 e 255, per cui «la condotta umana non rileva in quanto tale, ma in quanto manifestazione della volontà e libertà ed esternazione della persona (artt. 2, 25, 27 Cost.) e, distinguendosi da semplici accadimenti naturali, può diventare oggetto di pretese e aspettative normative».

[11] Per ulteriori considerazioni in merito alle formule di proscioglimento in questa trattazione, si rinvia alle pagine conclusive della riflessione sulle questioni di fatto proprio e sulla tipicità quale piano sistematico in grado di razionalizzarle.

[12] In questo senso, ad esempio, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 424, il quale evidenzia l'importanza della corretta scelta e le ricadute di essa, specialmente riguardo alle possibili pretese civilistiche correlate, anche se, a questi fini, la posizione della giurisprudenza si è nel tempo sviluppata nel senso di valorizzare sempre più i contenuti della sentenza di proscioglimento, limitando automatiche implicazioni. In questo senso, si vedano inoltre M.L. Ferrante, *La «suitas» nel sistema penale italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 28 e 163 ss.; M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 2ª ed., I, Torino, Giappichelli, 2019, p. 383 ss.; più diffusamente in argomento in Id., *La piccola frase di Mortara*, Torino, Giappichelli, 2014, opera incentrata sui rapporti tra responsabilità penale ed extrapenale, analizzati in una prospettiva diacronica.

(o, comunque, una delimitata perimetrazione) dell'oggetto del dolo, a fronte della quale l'imputazione delle restanti quote di illecito non può essere necessariamente fatta dipendere da criteri comunque volontaristici appellandosi alla disciplina della *suitas*. Una volta escluso il dolo, l'unica possibilità compatibile col principio costituzionale di colpevolezza è oggi il ricorso alla colpa, come si vedrà in seguito.

2. *La regola della necessaria previsione espressa della colpa (e della preterintenzione) per i delitti*

Nei commi successivi al primo, il legislatore del 1930 ha dettato altre regole generali relative all'imputazione del fatto di reato, in particolare prevedendo per delitti e contravvenzioni due regimi diversi.

Il comma 2 dell'art. 42 c.p. dispone: «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge».

Tale norma sancisce una sorta di «primato»[13] del delitto doloso

[13] Così, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Bologna, il Mulino, 2017, p. 424.

In merito, sembra opportuno osservare che, se di "primato" si può parlare, esso è realmente tale principalmente a livello di previsione legale (nel senso precisato nel testo) e nell'entità (cioè nella severità) della pena indicata nella cornice edittale. A livello fenomenologico, invece, deve ammettersi che tale primato è messo in crisi dal proliferare, nell'attuale «società del rischio» (la *Risikogesellschaft* tratteggiata negli anni Ottanta del secolo scorso dal sociologo tedesco Ulrich Beck: U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000), affatto diversa da quella in cui ha visto la luce il codice Rocco nel 1930, di realizzazioni di fatti colposi penalmente rilevanti e dall'aumento delle norme incriminatrici colpose. Sul concetto penalistico di rischio, si rinvia alla ricca trattazione di C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, in particolare p. 4 ss.

Che la particolare rilevanza statistica della responsabilità colposa non sia un fenomeno recente è ben testimoniato da tempo: si veda, per tutti, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 1 ss., che poco oltre la metà del secolo scorso già evidenziava il superamento della constatazione di K. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, Liebmann, 1930, p. 476, sulla relativa rarità del delitto colposo a dispetto delle pos-

su quello preterintenzionale e su quello colposo o, meglio, eleva la forma dolosa a ipotesi "regolare" di responsabilità penale nell'ambito dei delitti, i quali sono agevolmente riconoscibili e distinguibili dalle contravvenzioni – l'unica alternativa nella più generale delle distinzioni tra i reati dell'ordinamento italiano – sulla base di un criterio di natura formale, indicato a chiare lettere nell'art. 39 c.p. (concretizzato poi dalla previsione dell'art. 17 c.p.), che fa riferimento al tipo di pena che si prevede per il reato.

Almeno tendenzialmente, il delitto può considerarsi il modello di illecito penale di maggiore gravità ed è accompagnato quindi da una più significativa reazione sanzionatoria dell'ordinamento[14]. Sulla base di questa premessa, si possono comprendere le ragioni della scelta volta a far sì che solo taluni fatti involontari siano puniti. Tuttavia, si verrebbe presto smentiti se si pensasse che, in generale, l'imputazione colposa sia riservata alle ipotesi criminose in assoluto più gravi[15]. Basterebbe infatti guardare al sistema delle contravvenzioni, per constatare immediatamente che in tale ambito la prospettiva è sostanzialmente capovolta, nel senso che la colpa è nor-

---

sibilità di rendersene colpevole («die relative Seltenheit der Fahrlässigkeitsvergehen trotz der ungeheueren Möglichkeiten, sich dieser shuldig zu machen»). Per un aggiornamento del quadro nel secolo in corso, ad esempio, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., in particolare p. 12 ss. e 49 ss.; D. Petrini, *La colpa*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 350, il quale osserva che «le fattispecie delittuose colpose sono (nella disciplina codicistica) molto meno numerose rispetto alle ipotesi dolose, ma rivestono, come detto, grande importanza dal punto di vista pratico, cioè la maggior parte dei processi che si celebrano nelle aule di giustizia, con riferimento alla tutela della vita, della salute o dell'integrità fisica, giudica di fatti colposi».

[14] Pare davvero eloquente il confronto, nella parte generale del codice, tra la pena massima prevista per i delitti, cioè l'ergastolo (art. 22 c.p.) – che ha ereditato il "primato" dopo l'espunzione della pena di morte – e la pena più severa prevista per le contravvenzioni, l'arresto fino a 3 anni (art. 25 c.p.).

[15] L'esempio forse più scontato, in tal senso, è quello dell'omicidio, il cui disvalore d'evento raggiunge indubbiamente un livello di gravità molto significativo. La produzione della morte di una persona, al di là del fatto che trova una disciplina differenziata anche in ragione di taluni fattori diversi dai criteri di imputazione colpevole – si pensi all'esempio dell'omicidio del consenziente – è appunto prevista e punita anche quando avvenga per colpa. Quello dell'omicidio è peraltro l'unico caso per cui il legislatore del 1930 ha esplicitamente richiamato (anche) l'imputazione preterintenzionale: pure qui, ancorché con alcune peculiarità – lo si vedrà meglio in seguito – la colpa rispetto all'evento mortale assume un ruolo importante.

malmente sufficiente, essendo piuttosto limitato il numero delle fattispecie i cui elementi devono essere imputati accertando il dolo. Si tratta, però, di un'incoerenza solo apparente, come si dirà meglio nel paragrafo dedicato all'imputazione colpevole nell'ambito delle contravvenzioni e che, comunque, non pare inficiare la razionalità della regola interna al sistema dei delitti.

Guardando nella parte speciale del codice, in particolare nel libro II, si trovano numerose fattispecie tipizzate in modo da punire solo comportamenti davvero deliberati, descritti talvolta richiedendo un dolo specifico, ricorrendo a note modali fraudolente o comunque particolarmente pregnanti, come, ad esempio, la minaccia. Simili strutturazioni dell'illecito ben contribuiscono a connotare il dolo come elemento non confinato nell'ambito della colpevolezza, ma capace di dare (anche e già prima) un'identità ben precisa al fatto tipico. Si tratta, come è noto, di un'idea che ha radici nella teoria finalistica dell'azione di Hans Welzel[16], ma l'accoglimento del dolo e della colpa (anche) nel fatto tipico è «un'acquisizione che oltrepassa [non è raro, infatti, riferirsi a tale sistematica con l'espressione «postwelzeliana»] la stessa concezione all'interno della quale fu originariamente concepita»[17].

---

[16] H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine sistematische Darstellung,* 11ª ed., Berlin, de Gruyter, 1969, p. 64 ss.; più in generale, Id., *Um die Finale Handlungslehre*, Tübingen, Mohr, 1949.

[17] S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 316. In particolare, rispetto al dolo, si vedano M. Donini, *Il delitto contravvenzionale.* 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 278 e 313 ss.; G.P. Demuro, *Il dolo*, II. *L'accertamento*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 107 ss. Rispetto alla colpa, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 37 ss.

Per una riconsiderazione contemporanea dei meriti e dei limiti del finalismo, si vedano, ad esempio, C. Fiore, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*; G. Marinucci, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, entrambe in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, rispettivamente pp. 380 ss. e 363 ss.; inoltre, gli scritti raccolti in S. Moccia (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007 e in M. Pawlik, L. Cornacchia (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

Nella manualistica italiana più accreditata, l'opera maggiormente influenzata dall'impostazione finalistica è forse quella di C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Utet, 2020, in particolare pp. 164 ss.,

In relazione alla casistica poco sopra accennata, se anche non ci fosse una disposizione come quella del comma 2 dell'art. 42 c.p., l'imputazione dolosa del fatto apparirebbe comunque come l'unica davvero plausibile alla luce dei tratti tipizzanti scolpiti dal legislatore. Se, in particolare, si pensa a taluni elementi costitutivi, quali, ad esempio, gli «artifizi o raggiri» di cui parla l'art. 640 c.p., risulta persino difficile da immaginare una loro realizzazione colposa[18].

In altri casi, invece, il legislatore ha previsto una strutturazione dell'illecito tale per cui tutti o parte degli elementi costitutivi fanno apparire plausibile, in astratto, una loro imputazione indifferentemente dolosa o colposa. Le aperture "logiche" a un'imputazione colposa sono ben possibili nella misura in cui il legislatore rinunci a descrivere il fatto tipico in termini pregnanti oppure quando riduca la struttura dell'illecito alla produzione a forma libera di un determinato evento: quest'ultimo è, ad esempio, il caso dell'omicidio e delle lesioni personali[19]. Rispetto a questi casi, una regola come quella di cui si sta trattando risulta decisiva perché fornisce un criterio per comprendere se la realizzazione colposa del fatto, essendo ben immaginabile, debba considerarsi punibile. Questa regola rende la punibilità per colpa del delitto una questione di politica criminale, da risolversi caso per caso secondo le specificità del contesto di parte speciale e in dipendenza di non pochi fattori, tra cui, ad esempio, l'importanza del bene giuridico coinvolto, lo spessore criminologico del comportamento e la compatibilità della penalizzazione del fatto con le *Kulturnormen* (norme di cultura)[20].

---

230 ss. e 440 ss.; per l'opposta prospettiva della dottrina italiana tradizionale, nel senso di collocare dolo e colpa (essenzialmente o solo) nella colpevolezza, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 2019, pp. 215 e 216.

[18] Sulla «tipizzazione soggettiva dei delitti, espressione dei principi di legalità e colpevolezza», per tutti, M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 74 ss.

[19] Discorso diverso e che non smentisce quanto prospettato nel testo è poi quello della differenziazione interna all'ambito della produzione colposa della morte e delle lesioni personali altrui, come dimostra il dettaglio degli artt. 589 c.p. ss.

[20] Sul ruolo (più che altro "negativo", cioè di limite) delle norme di cultura nella legittimazione delle scelte incriminatrici, per tutti, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, I: *profili introduttivi e politico criminali*, Padova, Cedam, 1988, pp. 501 ss. e 673 ss., ove riferimenti alla nota tesi sulle *Kulturnormen* di Max Ernst Mayer

Tra le principali questioni interpretative postesi e che afferiscono al contesto della «legalità della colpevolezza», vi è quella che riguarda quali condizioni soddisfino il requisito dell'espressa previsione della deroga alla soluzione base, ossia – lo si è visto – l'ordinaria imputazione dolosa del delitto[21].

Al riguardo, può osservarsi come paia poco aderente al significato letterale della disposizione affermare l'identificazione del delitto colposo[22] anche solo all'esito di un'interpretazione di tipo sistematico[23] e priva di appigli solidi e decisivi rinvenibili già nella formulazione della norma incriminatrice[24]; debole, quindi,

---

(sviluppata, in particolare, in M.E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1903), per poi pervenire a una prospettiva più aggiornata e non limitata al tema delle pure omissioni, che pure rappresentano il baricentro della corposa opera monografica in questione.

[21] Diffusamente, in argomento, A. Fiorella, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa (Contributo alla determinazione del concetto di «previsione espressa» della responsabilità per colpa)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 995 ss., a cui si rinvia per riferimenti alle più significative posizioni di dottrina e giurisprudenza risalenti.

[22] Il discorso è più complesso, come si vedrà, nel contesto del delitto preterintenzionale, per il quale l'interpretazione conforme a Costituzione rende "garantistico" il (parziale) ricorso alla colpa anche in assenza di un riferimento letterale a tale criterio di imputazione colpevole, perché l'alternativa sarebbe la responsabilità oggettiva.

[23] Sembra in qualche misura artificioso, in questo contesto, distinguere tra previsione «espressa» e previsione «esplicita», ritenendo compatibili con la prima delle due alcuni casi di previsione definita «implicita»; così, invece, M. Gallo, voce *Colpa penale*, cit., p. 625, nota 3. A favore dell'interpretazione sistematica, anche F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale,* 10ª ed., Assago, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 302, e, nella dottrina meno recente, ad esempio, G. Battaglini, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Padova, Cedam, 1949, p. 238 ss. Non ostile a una «previsione espressa implicita», «entro limiti accettabili», A. Fiorella, *Emissione di assegno a vuoto*, cit., pp. 999 e 1015.

[24] È forse ancora (prevalentemente) letterale, piuttosto che sistematica, l'interpretazione che conduce a ravvisare la punibilità (sostanzialmente) per colpa di alcuni delitti richiamati nell'art. 609-*sexies* c.p. – norma su cui si tornerà, approfonditamente, più avanti – nonostante per essi non esista un'autonoma fattispecie colposa *ad hoc*, in affiancamento a quella dolosa. La realizzazione colposa del fatto è, appunto, resa penalmente rilevante per mezzo di una clausola che si potrebbe quasi definire di "parte generale" rispetto ai delitti sessuali – sulle diverse interrelazioni tra norme di parte generale e parte speciale, si veda L. Stortoni, *Introduzione alla parte speciale*, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, 4ª ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 497 ss., in particolare p. 512 s. – forse efficiente in termini di economia legislativa (nel senso

è la compatibilità con il requisito della previsione espressa anche nei casi in cui la menzione della colpa si trovi soltanto nell'intitolazione del capo codicistico o nella rubrica dell'articolo in cui la fattispecie delittuosa è contenuta[25]. Allo stesso tempo, *de iure condito*, non è da ritenersi indispensabile il riscontro esclusivo delle parole «colpa» o «colposo», essendo da considerarsi comunque espresso un richiamo a connotati tipici e facilmente riconoscibili della colpa, come «negligenza», «imprudenza», «imperizia»[26], «cautela», «prevedibile», «prevedibilità» e simili[27], tra cui, in alcuni contesti, come quello del diritto penale "sessuale" – lo si vedrà da vicino – «evitabile»; allora si potrebbe risalire anche alla disciplina dell'*error iuris*, precisando però che lì tale espressione è riferita a una dimensione – per così dire – perimetrale della tipicità.

Ciò che ulteriormente va messo in evidenza in questa parte

---

di vero e proprio risparmio testuale), ma che richiede un'operazione ermeneutica (almeno un po') più articolata del normale.

[25] Se è vero che *rubrica legis non est lex*, allora è più che opportuna (almeno ai fini dell'individuazione del titolo soggettivo di responsabilità) la tecnica di tipizzazione che nel codice Rocco viene usata, ad esempio, nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica (Titolo VI del Libro II), in cui il Capo III è intitolato «Dei delitti colposi di comune pericolo», ma ciò non ha indotto a tralasciare un riferimento letterale alla colpa (oltre che nella rubrica) anche nel testo delle singole fattispecie incriminatrici formulate negli artt. 449-452. Sulla necessaria corrispondenza tra *rubrica legis* e contenuti della fattispecie, di recente, C. Sotis, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1346 ss., il quale riconosce comunque «l'insostituibile centralità del testo» (p. 1390).

[26] È il caso del recente e controverso art. 590-*sexies* c.p., che menziona l'imperizia invece che, in termini più generici, la colpa. Al di là del significato preciso da attribuire a questo riferimento, che pare effettivamente voler essere particolarmente selettivo (e, quindi – si potrebbe dire – a maggior ragione, privo di ambiguità ai fini dell'art. 42, comma 2, c.p.), va comunque osservato che il legislatore restringe qui l'ambito applicativo, altrettanto esplicitamente, ai «fatti di cui agli articoli 589 e 590» c.p. Coerente, poi, è anche la rubrica dell'art. 590-*sexies* c.p.: «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario». In altre parole, qui, l'imperizia assume una funzione specificativa di un riferimento alla colpa che è comunque desumibile altrimenti.

[27] A. Fiorella, *Emissione di assegno a vuoto*, cit., pp. 1015 e 1016, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., p. 64; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, Cedam, 1993, p. 355; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 425; T. Padovani, *Diritto penale*, 12ª ed., Milano, Giuffrè, 2019, pp. 258 e 259.

della trattazione è che la richiesta di una previsione espressa della responsabilità (preterintenzionale e) colposa rappresenta «una specificazione e perciò un rafforzamento del principio di legalità sancito dagli art. 25 Cost. e 1» c.p.[28]. Rispetto alla responsabilità dolosa in generale, ogni incriminazione che si fondi sulla preterintenzione o sulla colpa (anche se in relazione a un solo elemento del reato), realizzando un incremento del livello di protezione del bene giuridico, si pone come ipotesi estensiva del penalmente rilevante – è pressoché sempre questo l'effetto di un'ammissione della responsabilità colposa, che normalmente sussiste in via complementare rispetto alla contestuale incriminazione del fatto doloso: in questo senso, può dirsi che «non c'è colpa senza dolo»[29] – ed è per-

[28] In questi esatti termini, I. Leoncini, *Art. 42*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 5ª ed., 2011, p. 336. Nello stesso senso, A. Fiorella, *Emissione di assegno a vuoto*, cit., p. 1002; G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., pp. 64 e 65; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 355 e 356; D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 230 (secondo cui «La norma sulla previsione espressa della responsabilità a titolo di colpa costituisce, in definitiva, il risvolto sul piano tecnico-legislativo del principio di legalità (e di tipicità) e del principio di frammentarietà del diritto penale oltre che dell'esigenza della *extrema ratio* o sussidiarietà»). Tra i manuali, ad esempio, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 461.

[29] Per il significato del virgolettato, si veda F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 353 ss., in particolare, p. 354; inoltre, tra coloro che lo richiamano alla lettera, D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2019, pp. 257 e 258. Già prima, nello stesso senso, T. Padovani, voce *Delitti e contravvenzioni*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, Utet, 1989, p. 333, secondo cui nei delitti «il dolo è forma *comune* di colpevolezza che la colpa e la preterintenzione possono affiancare, ma non surrogare. La loro funzione si risolve nell'estendere la punibilità di un fatto delittuoso *oltre* i limiti del dolo, non già nel sostituirsi ad esso»; inoltre N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., p. 307: «il fatto colposo costituisce di regola un "duplicato" del corrispondente fatto doloso». A livello manualistico, con la consueta chiarezza, F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Torino, Giappichelli, 2018, p. 276, nel senso che «non possa ragionevolmente sussistere una fattispecie incriminatrice colposa senza che sia prevista anche quella corrispondente dolosa, non essendo ragionevole punire il fatto meno pericoloso e dunque meno grave senza punire il corrispondente fatto più pericoloso e dunque più grave»; D. Pulitanò, *Diritto penale*, 8ª ed., Torino, Giappichelli, 2019, p. 257, il quale sottolinea che «sarebbe irragionevole punire fatti commessi con una forma di colpevolezza minore (la colpa) e non punire i medesimi fatti se realizzati con la forma di colpevolezza più grave». L'Autore nota che anche quando non esiste una fattispecie dolosa ugualmente strutturata rispetto a quella colposa, il fatto assume comunque rile-

ciò più che opportuno che sia la legge a prevedere tassativamente l'operatività di tale ampliamento, che deve quindi essere sempre percepibile in modo chiaro, senza che possano residuare dubbi al riguardo[30]. Del tutto evidente, poi, è che tale risultato di chiarezza dipende anche dalla precisione con cui, a monte, vengono definiti i concetti di dolo, preterintenzione e colpa dal legislatore, difettando la quale, la capacità di orientare i cittadini nelle proprie scelte sarebbe quantomeno in dubbio[31].

Muovendo dalle premesse finora sviluppate, si può in ogni caso giudicare non del tutto superflua una norma come quella prevista nell'art. 113 c.p. per legittimare la punibilità del concorso di persone in relazione al delitto colposo. Tale clausola, proprio in quanto toglie ogni dubbio sulla possibilità di estendere l'ambito della responsabilità per colpa, si deve apprezzare come una riaffermazione della *ratio* di legalità dell'art. 42 c.p.[32].

L'importanza, sul piano della legalità, della necessità che sia eccezionale ed espressa la previsione della punibilità di realizzazioni non volontarie dei reati più gravi è avvertita in molti altri ordinamenti, tra i quali, per rimanere in ambito europeo, quello tedesco, in cui al § 15 dello *Strafgesetzbuch* (StGB) è prevista una regola del tutto simile a quella dell'art. 42, comma 2, del c.p. ita-

---

vanza penale, poiché suscettibile di rientrare nell'ambito applicativo di un'altra fattispecie incriminatrice.

[30] L'esigenza di "perimetrare" con precisione l'area del penalmente rilevante si ripropone, con la stessa *ratio* (necessitando quindi anche la stessa soluzione) in relazione a norme come quelle contenute negli artt. 47, comma 1 (ma anche 3), 55, 59, comma 4 e 83, comma 1, c.p., come sostiene M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 425 e 426.

[31] Si veda, in argomento, F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 279-281.

[32] In questo senso, F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 356; L. Risicato, *Art. 113*, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 507, che dà conto dell'intento legislativo di chiarire un dubbio che, in assenza dell'articolo in questione, si sarebbe senz'altro posto: quest'ultimo, appunto, «è nato per risolvere d'autorità la diatriba sulla stessa configurabilità di una partecipazione criminosa nel delitto colposo, per lo più negata dalla dottrina coeva all'entrata in vigore del codice Rocco per una pretesa inconciliabilità tra la colpa e i *pacta sceleris* ritenuti, un tempo, essenziali al concorso di persone nel reato».

liano[33]; analogamente, ad esempio, anche nel codice penale spagnolo, all'art. 12[34].

Tra le riforme legislative più recenti, va segnalata quella del codice penale greco del 2019. In tale contesto, la nuova versione dell'art. 26 non contiene più il riferimento a una ripartizione in tre tipologie di reato, la meno grave delle quali – τα πταίσματα – punibile ordinariamente a titolo di colpa, come le nostre contravvenzioni, con l'ulteriore precisazione che la responsabilità necessariamente dolosa era fatta oggetto di menzione e subordinata all'esistenza di una previsione legislativa che esplicitamente («ρητά») la legittimasse[35].

Questi reati meno gravi sono stati depenalizzati e per essi è prevista oggi una sanzione pecuniaria, analogamente a quanto avvenuto in Italia per effetto della l. 24 novembre 1981 n. 689.

Nella disciplina greca attualmente vigente, la "forma" penale è

---

[33] § 15 («Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln»): «Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht». Tra i commenti più autorevoli, I. Puppe, § 15, in U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, I, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 719 ss. Nell'ambito della dottrina italiana, ad esempio, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., p. 65 ss.

[34] «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». La tecnica redazionale è leggermente diversa da quella di altri codici, ma la disposizione si riferisce ai delitti (*delitos*), come si desume dalla collocazione nella parte codicistica a essi dedicata: «Libro I, Título I, Capítulo I», «De los delitos».

Al riguardo, si veda J. de Vicente Remesal, *La regulación de la imprudencia en el Código penal*, in *Revista xurídica galega*, 1999, 23, in particolare pp. 14 ss. e 18 ss., che sottolinea il passaggio da un modello precedente «de incriminación abierta o de "*numerus apertus*"» (basato essenzialmente sui previgenti artt. 565, 586-*bis* e 600) a una soluzione, quella del vigente art. 12, «de tipificación expresa e individualizada o de "*numerus clausus*"».

Nella dottrina italiana, di recente, P.F. Poli, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 907 e 908, che evidenzia la maggior aderenza della disciplina vigente al principio di *ultima ratio* dell'intervento penale.

[35] Nella manualistica più accreditata, A.P. Kostaras, *Ποινικό Δίκαιο. Έννοιες και Θεσμοί του Γενικού Μέρους*, Αθήνα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, p. 418 ss., ove una trattazione aggiornata della disciplina codicistica relativa alla colpevolezza (υπαιτιότητα). Sulla disciplina previgente, poco prima della riforma del 2019, in lingua inglese, E. Billis, *Subjective side of the offence in Greece*, in U. Sieber, K. Jarvers, E. Silverman, *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, vol. 3.2, *Defining criminal conduct*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017, p. 286 ss.

quindi riconosciuta solo a due tipologie di illecito – κακουργήματα e πλημμελήματα, in ordine decrescente di gravità[36] – e per esse l'art. 26 prevede, come in passato, l'ordinaria imputazione per dolo. Solo in ambito di πλημμελήματα è contemplata, eccezionalmente («Κατ'εξαίρεση»), la responsabilità (anche) per colpa, a condizione che lo preveda espressamente la legge.

Quello greco è dunque un modello parzialmente diverso da quello italiano, ma non per ciò che riguarda la necessità di una previsione espressa della responsabilità colposa. La differenza riguarda essenzialmente la scelta di escludere del tutto, almeno formalmente e rispetto al piano della tipicità, la responsabilità colposa per i reati più gravi, come prevede anche il codice penale francese, all'art. 121-3, che conserva la tradizionale tripartizione[37]. L'esempio dell'omicidio è eloquente, nel senso che la versione colposa non dà luogo semplicemente a un titolo di reato differente, ma comporta il passaggio da una categoria criminosa all'altra: la punibilità dell'omicidio colposo (art. 302) è stata infatti possibile solo inquadrandolo come πλημμέλημα, mentre l'omicidio doloso (art. 299) è invece naturalmente qualificato come κακούργημα. Posto che in entrambi i casi l'evento è sostanzialmente il medesimo, si può osservare l'attribuzione di un ruolo

[36] È l'articolo 18 quello che indica il criterio distintivo tra le due diverse categorie criminose. Trattasi di un criterio formale basato sul tipo di pena associata all'illecito e quindi del tutto analogo rispetto a quello che si ricava dal combinato disposto degli artt. 17 e 39 del c.p. italiano.

[37] «Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait […]».

Come si può notare, questo articolo prevede la possibilità di rispondere a titolo diverso da quello intenzionale quando previsto dalla legge («lorsque la loi le prévoit»), ma non per i crimini, cioè i reati più gravi. A differenza di ciò che si è osservato rispetto alla soluzione greca, l'art. 121-3 non sembra richiedere una previsione espressa di tali ulteriori forme di responsabilità: lo osserva, cogliendo la difformità anche e soprattutto rispetto alla disciplina italiana, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 228 ss.

particolarmente significativo al c.d. disvalore d'azione[38] e ai relativi profili di colpevolezza.

Ai particolari fini dell'indagine in corso, sembra opportuno conclusivamente osservare che il legislatore italiano, mentre afferma che la responsabilità delittuosa è esclusa se il fatto non è stato «commesso con dolo», prevedendo così la regola, nel momento in cui introduce le eccezioni, non fa riferimento alla preterintenzione o alla colpa, ma, più precisamente, al «delitto preterintenzionale» e al «delitto colposo». Analogamente, negli artt. 47, comma 1, 55, 59, comma 4, e 83, comma 1, c.p., si esplicita che la punibilità non è esclusa «se» oppure «quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

Ciò sembra riflettere, con riferimento al dolo e alla colpa, una concezione "monolitica" del reato – almeno del delitto – quanto alla qualificazione del titolo di responsabilità in dipendenza di quella che viene talvolta indicata come «tipicità soggettiva»[39]; espressione, quest'ultima, coerente con l'idea, ormai piuttosto diffusa, che dolo e colpa rilevino già sul piano della tipicità, prima ancora che nell'ambito della colpevolezza, come già detto. In realtà, prevedendo la preterintenzione come ipotesi a imputazione dolosa soltanto parziale e la responsabilità oggettiva rispetto all'evento in genere, il codice, implicitamente, ha riconosciuto sin dall'inizio la possibilità che vi siano forme di imputazione mista per elementi diversi del reato, ancorché potenzialmente monche in termini di colpevolezza. Questa trattazione cercherà proprio di analizzare e razionalizzare, tanto nel presente quanto *de iure condendo*, le realtà in cui si propone o si dovrebbe proporre un affiancamento tra diversi criteri di imputazione rapportabili alla colpevolezza, dovendosi invece respingere con decisione la responsabilità oggettiva. Si vedrà che la sua "correzione" in favore della colpa è non di rado la strada per pervenire proprio all'imputazione colpevole differenziata.

---

[38] Nella dottrina italiana, in particolare, M. Mantovani, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, Bononia University Press, 2014.

[39] Per il ricorso a questa terminologia, ad esempio, M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 433 ss. e 459 ss.

3. *La definizione legale del delitto doloso*

3.1. *La pluralità di indici normativi pertinenti e la complessa ricerca di simmetria tra gli elementi intellettivi e l'oggetto del dolo*

Il primo approccio diretto col dolo sembra dover consistere in una panoramica sistematica degli indici codicistici di riferimento. Si tratta di un itinerario che, pur opportunamente sintetizzabile, pare comunque indispensabile ai fini della trattazione perché la fisionomia delle diverse ipotesi di imputazione colpevole differenziata, come risulterà via via più chiaro, non può prescindere da una messa a fuoco dell'«essenza» (normativa) e dei «confini» del dolo[40], ovviamente in una prospettiva integrata, cioè secondo il principio generale per cui ciò che limita, contestualmente, fonda e viceversa. Una delle implicazioni più significative di tale ricognizione – vale la pena evidenziarlo sin d'ora – è quella di ottenere un chiarimento, "in negativo", circa l'*an* e (in un certo senso anche) il *quantum* degli spazi lasciati aperti alla colpa, non di rado evidenziando la possibilità di una vera e propria coesistenza tra i due principali criteri di imputazione.

L'art. 43 c.p., rubricato «Elemento psicologico del reato», esordisce affermando che «Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione» (comma 1, 1° alinea). È questa la definizione legale del dolo (per l'esattezza: del delitto doloso), dato da cui senz'altro partire per mettere a fuoco gli elementi che connotano il più elevato disvalore "soggettivo" nella realizzazione del reato.

A ben vedere, la prima parte del comma 1 dell'art. 43 c.p. non esaurisce il complesso delle norme che hanno la funzione di delimitare il perimetro concettuale e applicativo del dolo. Quest'ultimo, infatti, può essere concepito in modo chiaro e completo solo con l'integrazione di disposizioni contenute (quantomeno) negli artt. 5,

[40] Proprio su questi pilastri poggia la recente indagine monografica di S. Raffaele, *Essenza e confini del dolo*, Milano, Giuffrè, 2018.

42, 43 (comma 1, 3° alinea, che prevede peraltro la colpa con previsione dell'evento, ritenuta area di "frontiera" rispetto al dolo), 44, 47, 55, 59, 82, 83, 92 (e 93), 116 e 117 c.p., richiamate nelle pagine che immediatamente seguono e (quasi tutte) riprese con approfondimenti più avanti nella trattazione, in particolare nella misura in cui conducono a riscontrare un affiancamento di dolo e colpa.

Entrando nel merito, ciò che pare opportuno subito evidenziare è che due, in particolare, sono i punti critici della definizione fornita dall'art. 43 c.p.

Da un lato, essa mette in relazione la dimensione psicologica effettiva del dolo, descritta in termini di previsione e volizione, solamente con l'«evento dannoso o pericoloso», alimentando il dubbio di una sua parzialità rispetto ad alcuni elementi costitutivi del reato e, più in generale, a fronte dell'esistenza di illeciti penali di mera condotta, di cui non sembrerebbe essere presa in considerazione l'esistenza.

Dall'altro lato, si nota che il delitto doloso è definito dal codice alternativamente come delitto «secondo l'intenzione». Il fatto che il legislatore del 1930 abbia ritenuto equivalenti le due espressioni ha suscitato incertezze interpretative circa la compatibilità con il modello legale di alcune forme di dolo tradizionalmente riconosciute dalla dottrina e dalla giurisprudenza: ci si riferisce, in particolare, al dolo diretto, ma, soprattutto, al dolo eventuale, entrambi caratterizzati dalla connotazione quantomeno sfumata che, in essi, l'elemento volitivo assume.

Le questioni appena prospettate consentono di comprendere che il dolo si spiega al meglio concependolo come un complesso di relazioni tra i tre elementi che lo costituiscono: quello rappresentativo, quello volitivo (che ne compongono la struttura più "soggettiva", nel senso di psicologica) e l'oggetto del dolo stesso, il quale non è altro che la dimensione su cui i primi due elementi si proiettano[41].

Quanto, in particolare, al primo aspetto problematico segnalato poc'anzi, è noto come la parzialità della definizione codicistica

[41] A livello manualistico, questa scomposizione tripartita appare chiara, ad esempio, in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 427 ss.

sia stata considerata soltanto apparente da quell'autorevole dottrina rimasta più fedele all'idea per cui il legislatore avrebbe voluto riferirsi, in questo caso, non all'evento naturalistico ma a quello in senso giuridico, quale elemento presente in ogni reato e, in quanto tale da condensare il disvalore offensivo del fatto (in termini di danno o pericolo), esaustivo termine di riferimento dei profili intellettivi del dolo[42].

Come si avrà modo di comprendere anche in seguito, in particolare nelle pagine dedicate all'imputazione colpevole nell'ambito delle contravvenzioni, l'impostazione teorica appena richiamata va incontro a obiezioni difficilmente superabili soprattutto nell'ambito delle fattispecie tipizzate in termini poco pregnanti, in cui la percezione dell'offesa finisce per dipendere strettamente dalla conoscenza effettiva dell'illiceità penale del fatto, resa però in via generale superflua dall'art. 5 c.p., persino nella sua portata attuale.

---

[42] Negli scritti più noti sul dolo, questa impostazione emerge, ad esempio, in M. Gallo, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 752, 753 e 776 ss.; F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 85 ss. e 95 ss. Si tratta di letture in cui si scorge in ampia misura l'impronta della c.d. concezione realistica del reato, su cui, tra i contributi fondamentali, si vedano C. Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli, Jovene, 1959, in particolare p. 34 ss.; G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano, Giuffrè, 1965, in particolare pp. 372 e 373.

Sulle diverse concezioni di evento – mentre per il concetto di "non-evento", sviluppato riguardo ai reati omissivi propri, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, II: *profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, Cedam, 1988, p. 827 ss., in particolare, p. 845 ss. – si veda N. Mazzacuva, voce *Evento*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, Utet, 1990, p. 445 ss., la cui prospettiva è più diffusamente espressa in Id., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., in particolare p. 108 ss.

A prescindere dall'adesione alla c.d. concezione realistica del reato, la dottrina italiana si è notoriamente più volte sforzata di stabilire dei legami stretti tra dolo e offesa, rifiutando l'idea di considerare il dolo stesso come fenomeno psicologico esangue, mero *Gegenspiegel* (cioè specchio riflettente, come intende E. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, Cedam, 1989, p. 66) avente quale termine di relazione il fatto tipico in una dimensione prettamente formale e avalutativa. Le diverse sensibilità dottrinali sul tema sono ben richiamate nell'ampia rassegna di G. De Simone, *L'elemento soggettivo del reato: il dolo*, in F. Bricola, V. Zagrebelsky (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte generale*, I, 2ª ed., Torino, Utet, 1996, p. 465 ss.; nella manualistica, ad esempio, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna, Zanichelli, 2019, p. 379 ss.

Anche per tali ragioni, la dottrina attualmente maggioritaria ritiene condivisibilmente di poter superare i limiti di una possibile inadeguatezza per difetto della definizione legislativa facendo piuttosto riferimento alle previsioni dell'art. 47 c.p., rubricato «Errore di fatto». Tale articolo, il cui significato sarebbe stato riassunto meglio dall'espressione «errore sul fatto», nei suoi diversi commi – anche se i più indicativi, in merito, sono l'1 e il 3 – prevede l'esclusione della «punibilità» in ipotesi di scorretta rappresentazione degli elementi del reato – *rectius*: del «fatto» – da parte del soggetto.

È opinione pressoché unanime, al riguardo, che, nell'affermare che l'errore sul fatto «esclude la punibilità», il codice intendesse alludere, più precisamente, a un'esclusione del dolo per carenza del suo profilo rappresentativo[43]. Ciò trova conferma quando si legge che, invece, l'errore colposo sul medesimo elemento del reato, sia esso un elemento descrittivo (comma 1) oppure un elemento normativo (di solito) extrapenale (comma 3), non preclude la punibilità «quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo»[44].

Sembra significativo che in un ordinamento come quello tedesco, in cui manca una definizione legislativa del dolo, sia proprio la disciplina dell'errore – questa sì positivizzata – a rappresentare, in via preferenziale, il faro che porta luce sulle note strutturali del concetto di dolo[45].

---

[43] Per tutti, M. Gallo, voce *Dolo*, cit., pp. 753 e 754.

Per un'analisi dell'"universo" dell'errore non limitata alle sue declinazioni puramente rappresentative e per le relative implicazioni sull'imputazione dolosa, M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, I, Torino, Giappichelli, 2006 (ristampa inalterata dell'edizione del 1992, Milano, Giuffrè).

[44] Tra coloro che sottolineano l'inadeguatezza della terminologia codicistica, L. Risicato, *L'errore di fatto, di diritto, su legge extrapenale e su legge penale*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, Torino, Utet, 2013, pp. 591 e 595, la quale constata inoppugnabilmente che la punibilità non è radicalmente esclusa, perché viene invero fatta salva dallo stesso legislatore in caso di errore colposo e all'ulteriore condizione che esista la corrispondente fattispecie delittuosa colposa.

[45] Il § 16 StGB prevede che «Chi, commettendo il fatto, ignora una circostanza appartenente alla fattispecie legale, agisce senza dolo. Resta salva la punibilità per aver agito con colpa»; inoltre, «Chi, commettendo il fatto, suppone erroneamente l'esistenza di circostanze che realizzerebbero la fattispecie prevista in una legge più mite, può essere punito per dolo soltanto secondo la legge più mite»: per questa traduzione italiana, S. Vinciguerra (a cura di), *Il codice penale tedesco*, 2ª ed., Padova,

In definitiva, l'art. 47 c.p. precisa l'oggetto del dolo, che viene a coincidere con il complesso degli elementi del «fatto» di reato: la definizione, così, è finalmente ben adattabile anche ai reati di mera condotta, in cui un evento in senso naturalistico non è richiamato nella fattispecie incriminatrice. Di riflesso, appare più coerente parlare di rappresentazione e di elemento rappresentativo, come invero fatto sin dall'inizio, piuttosto che di previsione, la quale è espressione (non certo eterogenea ma) speciale rispetto alla prima e si adatterebbe soltanto alle conseguenze del comportamento umano: troppo poco.

Se la lettura congiunta degli artt. 43 e 47 c.p. integra, nel senso appena visto, una definizione criticata per essere inadeguata per difetto, va precisato che pure il *refrain* della rappresentazione e volontà di tutti gli elementi del fatto tipico è in una certa misura inesatto. Si tratterebbe, questa volta, di un'inadeguatezza per eccesso, dato che per elementi come quelli preesistenti o concomitanti rispetto alla condotta non avrebbe senso richiedere la volizione. A determinare il significato doloso del comportamento è la volizione della condotta e del risultato tipico, laddove contemplato, con la (mera, ma più che sufficiente) consapevolezza della presenza degli eventuali ulteriori elementi dell'illecito[46]. Tale calibrata sinergia è quanto basta, di regola, ad assicurare un pieno «dominio attuale» del fatto tipico[47]: un quadro ben più articolato rispetto a quello che poggia sull'art. 42, comma 1, c.p. in tema di *suitas*.

Sviluppate fino a questo punto le dovute premesse, si può ora rivolgere l'attenzione anche ad altre norme che hanno la funzione

---

Cedam, 2003, p. 61. Il dolo verrebbe così identificato tramite una definizione indiretta e parziale: così W. Frisch, *Le definizioni legali nel diritto penale tedesco*, in A. Cadoppi (studi coordinati da), Omnis definitio, cit., pp. 198-200, oltre che pp. 218 e 219; più diffusamente, in argomento, in Id., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln, Heymann, 1983.

[46] Si tratta di una constatazione pressoché trasversale, condivisa anche da coloro che ravvisano nell'offesa l'autentico oggetto del dolo. Si veda, infatti, M. Gallo, voce *Dolo*, cit., p. 754 e, più nel dettaglio, p. 758 ss., il quale, però, si allontana eccessivamente dal dato legale quando ritiene bastevole la sola rappresentazione persino rispetto all'evento naturalistico.

[47] Per questa definizione del dolo, in contrapposizione a quella di colpa, che si sostanzierebbe nella «semplice dominabilità» del fatto tipico, M. Masucci, *'Fatto' e 'valore' nella definizione del dolo*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 389.

di esprimere la fisionomia e l'ampiezza del dolo. In quanto concetto normativo, tutte le disposizioni che lo riguardano contribuiscono ad arricchirne di dettagli il contenuto o a contestualizzarlo; il che non vale però a smentire quanto finora considerato sui tratti identitari scolpiti dal combinato disposto degli artt. 43 e 47 c.p., quanto piuttosto a precisarlo oppure financo a derogarlo settorialmente, prospettandosi in tal ultimo caso una relazione paragonabile a quella tra regola ed eccezioni.

Si consideri, in primo luogo, la disposizione dell'art. 5 c.p., che, tanto nella sua formulazione originaria quanto in quella risultante dopo il pur "rivoluzionario" intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988[48], sancisce un principio di natura politico-criminale, la cui funzione (o comunque implicazione) è anche quella di escludere dall'oggetto del dolo – più precisamente, dall'ambito di ciò che deve essere rappresentato – la dimensione precettiva delle norme incriminatrici[49].

Nel giudicare l'originaria previsione dell'art. 5 c.p., in base a cui, perentoriamente, «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale», la Corte costituzionale si è trovata di fronte alla storica alternativa tra due possibili soluzioni, entrambe astrat-

[48] Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385 ss., con commento di G. Fiandaca, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, c. 1385 ss. Relativamente alla stessa pronuncia, tra i commenti "a caldo", si vedano anche D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.; F. Palazzo, Ignorantia legis: *vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 920 ss.; L. Stortoni, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1313 ss.; T. Padovani, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, p. 449 ss.; G. Vassalli, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 3 ss.; inoltre, G. Flora, *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 337 ss.; F. Mantovani, Ignorantia legis *scusabile e inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 379 ss. In argomento, fondamentale, inoltre, l'intero volume di A.M. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, Jovene, 1989, frutto dei lavori del Seminario organizzato dall'ISISC e tenutosi a Siracusa all'indomani (21-24 aprile 1988) della pronuncia della "Consulta".

[49] Sull'estraneità dell'illiceità penale rispetto all'oggetto del dolo, ad esempio, M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 498.

tamente compatibili con i principi della Costituzione repubblicana. Si trattava cioè di scegliere se aderire alla teoria del dolo (*Vorsatztheorie*), secondo cui la responsabilità dolosa richiede la conoscenza effettiva della norma incriminatrice violata, oppure preferire la teoria della colpevolezza (*Schuldtheorie*), in base alla quale, invece, il dolo non viene meno quando c'è la mera conoscibilità della norma stessa.

Dal dispositivo della sentenza della "Consulta", si ricava che l'art. 5 c.p. va letto ora nel senso che l'ignoranza – lo stesso vale per l'errore, che, se può essere distinto dall'ignoranza "pura", a quest'ultima può però ben essere normativamente assimilato in ragione dell'appartenenza al medesimo *genus*[50] – della legge penale non è tollerata qualora non sia «inevitabile». Questa indicazione dimostra inequivocabilmente che la conformazione a Costituzione della disposizione codicistica in esame è avvenuta privilegiando la prospettiva della teoria della colpevolezza, ritenuta da molti come «un ragionevole (o il migliore) contemperamento delle contrapposte esigenze di garanzia liberale e di funzionalità del sistema penale»[51].

Nel corso della trattazione ci sarà modo di tornare in più occasioni sulla disciplina dell'art. 5 c.p. Sembra opportuno rilevare sin d'ora che si tratta, seguendo l'ordine codicistico, della prima "fonte" di *imputazione colpevole differenziata*, precisamente *in senso ampio*, perché nell'ambito dei delitti dolosi consente l'affiancamento, a margine della tipicità, di un criterio di imputazione sostanzialmente colposa di profili comunque decisivi per la responsabilità penale[52].

Un'altra norma chiave per la delimitazione dell'oggetto del dolo

---

[50] Sul punto, per tutti, D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 11, il quale, dopo aver ripreso una lucida considerazione di C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 114, per cui «Si può ignorare senza versare in errore», precisa, in termini non meno condivisibili, che «non è vero il contrario». Effettivamente, qualsiasi errore «può considerarsi anche come stato di ignoranza (della realtà vera)».

[51] D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., p. 318.

Sulle diverse varianti della *Schuldtheorie*, si rinvia ai paragrafi in cui verranno affrontati i rapporti tra imputazione colpevole differenziata e scriminanti, in particolare alle pagine di inquadramento del problema della putatività.

[52] Lo evidenzia, ad esempio, G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., p. 358, per cui il giudizio di colpevolezza basato sulla *Schuldtheorie* assume, nei reati dolosi, «un carattere ibrido, un *misto di dolo e colpa*», non mancando comunque di ricordare le

è quella contenuta nell'art. 44 c.p., non a caso collocata immediatamente dopo le disposizioni codicistiche sull'«Elemento psicologico del reato». Tale articolo, rubricato «Condizione obiettiva di punibilità», prevede che «quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto».

Ciò che non sfugge, nemmeno "a prima vista", è che il codice detta la disciplina a cui assoggettare le condizioni obiettive di punibilità, ma non indica un criterio sufficientemente univoco per individuarle, così da poterle distinguere dagli eventi costitutivi del reato. Il punto è che il regime giuridico previsto dall'art. 44 c.p. è molto diverso da quello che si applicherebbe in presenza di veri e propri elementi costitutivi del reato, consentendo di prescindere dalla colpevolezza, quindi appare evidente che non si tratta di una mera questione di classificazione dogmatica[53].

L'istituto in esame risulterà più volte al centro del discorso in questa trattazione, affiorando, in particolare, in alcune letture dottrinali che si richiameranno nel contesto degli atti persecutori e poi in quello del diritto penale "economico". Ciò che nei limitati spazi di questo itinerario si può ora osservare è che la disposizione dell'art. 44 c.p. contribuisce ad apporre un argine legale all'estensione dell'oggetto del dolo, poiché consente l'affermazione di una responsabilità dolosa anche in assenza della volontà dell'elemento condizionante. Tale argine assume un ruolo "confirmatorio in negativo" (in modo simile all'art. 5 c.p.) oppure derogatorio rispetto alla delimitazione normativa del dolo *ex* artt. 43 e 47 c.p. a seconda che la condizione obiettiva di punibilità rappresenti un elemento realmente distinguibile o meno rispetto alle note di tipicità del fatto, in particolare quanto ad apporto di disvalore. Più si avverte l'arbi-

problematicità che si pongono con riferimento ai c.d. illeciti artificiali, ove il rischio è quello di «imputare per dolo fatti di valenza sostanzialmente colposa».

[53] La dottrina pronunciatasi sull'istituto in esame è particolarmente ampia. Tra gli scritti recenti che procedono a un'adeguata ricognizione bibliografica, peraltro non limitata alla produzione nazionale, L. Cornacchia, *La punibilità* sub condicione, in *Leg. pen.*, 12 dicembre 2017, già nelle pp. 1-3, nota 1, a cui sia consentito rinviare.

trarietà della qualificazione in un dato caso, in misura corrispondente aumenta il rischio di realizzare di fatto un'ingiustificata deroga rispetto alla disciplina dell'imputazione dolosa, sottraendovi parte dell'oggetto.

Vale la pena ricordare che un regime intermedio tra imputazione dolosa e radicalmente oggettiva[54] è stato riconosciuto possibile, in particolare, nei casi di condizione obiettiva di punibilità c.d. intrinseca[55], cioè contribuente al disvalore dell'illecito. Rispetto a questa, la cui legittima appartenenza alla categoria generale è in realtà controversa[56], è noto come la Corte costituzionale abbia imposto il rispetto del principio del *nullum crimen sine culpa*[57], con l'effetto, anche in questo caso, di consentire, a margine della tipicità, l'affiancamento al dolo di un criterio di imputazione sostanzialmente colposa: si delinea così un'altra ipotesi di *imputazione colpevole differenziata in senso ampio*.

---

[54] È noto come per parte della dottrina sarebbe possibile o persino necessario prescindere anche dall'accertamento del nesso di causalità, mettendo in tensione, ancor prima di quello di colpevolezza, il principio di responsabilità per fatto proprio. Per una chiara illustrazione degli argomenti contrapposti sul punto, P. Veneziani, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Padova, Cedam, 1992, p. 19 ss.; più di recente, in Id., *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, Milano, Giuffrè, 2014, p. 280, nel senso che «l'aggettivazione della condizione di punibilità come "obiettiva" non postula nemmeno la responsabilità oggettiva, basata sulla materiale causazione dell'evento, poiché la condizione di cui all'art. 44 c.p. ben può essere prevista dal legislatore in modo tale che possa realizzarsi per dinamiche del tutto indipendenti dalla condotta dell'agente».

[55] Per la distinzione tra condizioni obiettive di punibilità intrinseche ed estrinseche, in particolare, P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 14 ss.; F. Bricola, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, Utet, 1967, p. 594 ss.

[56] Si veda, al riguardo, V.N. D'Ascola, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 223, il quale considera «ingiustificata» la figura in questione «già sul piano della sua stessa creazione».

[57] Come si vedrà meglio più avanti, nelle pagine dedicate all'affermazione del principio di colpevolezza, il chiarimento si è ottenuto soprattutto in coincidenza di Corte cost., 30 novembre 1988, n. 1085, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 289 ss., con commento di P. Veneziani, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, p. 299 ss. Fondamentale, in argomento, è il contributo di F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1440 ss.; in concomitanza con le pronunce della "Consulta" del 1988, anche M. Zanotti, *Condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva*, in A.M. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 344 ss.

Altre norme di parte generale che incidono sulla delimitazione della responsabilità dolosa sono quelle che disciplinano l'errore, nelle sue diverse configurazioni, in relazione alle cause di giustificazione o scriminanti. Si tratta delle ipotesi di putatività e di eccesso colposo, rispettivamente disciplinate dagli artt. 59, comma 4, e 55 c.p.

A tali tipologie di errore è dedicato un intero capitolo di questa trattazione, a cui è opportuno rinviare per una più approfondita disamina, peraltro sempre aderente alla casistica, in particolare a quella relativa all'attività giornalistica e alla legittima difesa.

Ciò che interessa ora osservare è che le due disposizioni codicistiche ora richiamate (talvolta ricomprese, insieme a quella dell'art. 47, comma 1, c.p., tra le ipotesi di c.d. *colpa impropria*)[58] convergono nell'indicare che nelle situazioni contemplate non può parlarsi di responsabilità dolosa, ma, al più, di responsabilità colposa, la quale risulta punibile solo «se» (art. 55 c.p.) oppure «quando» (art. 59, comma 4, c.p.) «il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

In termini non così diversi, l'art. 83 c.p. ammette la possibilità di configurare una responsabilità «a titolo di colpa», escludendo così implicitamente che possa esservi una responsabilità dolosa, in ipotesi di «errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato» («o per un'altra causa»), quando «si cagiona un evento diverso da quello voluto» (comma 1). L'articolo in menzione, che nei due commi di cui è composto disciplina la c.d. *aberratio delicti* (rispettivamente, "monolesiva" e "plurilesiva"), rispetta formalmente il vincolo di previsione espressa della responsabilità per colpa dell'art. 42, comma 2, c.p., ma parte non trascurabile della dottrina ravvisa nell'utilizzo della particolare espressione «a titolo di colpa» un rinvio alla disciplina del delitto colposo solo *quoad poenam*, ritenendo di trovarsi di fronte a un'ipotesi di sostanziale responsabilità oggettiva[59].

---

[58] Anche su questo punto si tornerà più avanti e in diverse occasioni. Volendo indicare sin d'ora alcune delle trattazioni che dedicano più spazio all'argomento: D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 365 ss.; in ambito manualistico, ad esempio, A. Nappi, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 432 ss.; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 373 ss.

[59] Ad esempio, T. Padovani, *Diritto penale*, cit., p. 288.

Interessano invece in modo più diretto il tema dell'oggetto del dolo le previsioni contenute nell'art. 82 c.p., poste a disciplina della figura dell'*aberratio ictus* (anche questa tradizionalmente qualificata come "monolesiva" oppure "plurilesiva"), nell'ambito della quale, l'«errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato» (così come un'«altra causa») ha come conseguenza la «cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta». In questo particolare caso di divergenza tra il voluto e il realizzato[60], il legislatore ha ritenuto opportuno disporre che «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'articolo 60».

Così facendo, però, si legittima quella che parte cospicua della dottrina, condivisibilmente, ritiene essere una finzione di dolo. Infatti, vero è, ragionando in astratto, che nel commettere, ad esempio, un omicidio si è puniti indipendentemente dall'identità del soggetto di cui si cagiona volontariamente la morte, ma è anche vero che l'evento che storicamente si verifica non può dirsi effettivamente rappresentato e voluto se la persona presa di mira si sottrae all'offesa, la quale raggiunge invece accidentalmente un terzo[61].

Questa anomalia rispetto alla concretizzazione dell'oggetto del dolo non vale nemmeno a trasformare automaticamente in colposa l'imputazione sul piano sostanziale, emergendo anche qui, piuttosto, la logica della responsabilità oggettiva.

Un'altra finzione estremamente problematica è quella che si ricava dal combinato disposto degli artt. 92 e 93 c.p., secondo cui la condizione di incapacità di intendere e volere a causa dell'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti «non derivata da caso fortuito

---

[60] L'espressione impiegata nel testo riprende l'efficace titolo della monografia di M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., sul punto specifico nelle p. 14 ss., in particolare pp. 15 e 16, ove dall'art. 82 c.p. si ritiene di poter ricavare «inequivocabilmente» l'ordinaria estraneità all'oggetto del dolo dell'identità della persona offesa e dell'individualità dell'oggetto materiale della condotta.

[61] Si veda G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., p. 399 ss., il quale sottolinea la finzione normativa, parlando di «dolo per *translatio*». In argomento, tra gli altri, D. Brunelli, *Omicidio preterintenzionale aberrante: un disinvolto impiego delle "finzioni" normative del dolo da parte della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2372 ss.

o da forza maggiore non esclude né diminuisce l'imputabilità»[62]. Il problema, a ben vedere, riguarda sia l'imputazione dolosa che quella colposa e sembra da condividersi quella dottrina che ritiene che ancora non si sia riusciti a riportare la disciplina codicistica in menzione a una dimensione costituzionalmente accettabile, sicuramente non attraverso il tralatizio schema concettuale dell'*actio libera in causa*, che «confonde il momento doloso o colposo in cui ci si pone in stato d'incapacità con quello della commissione del reato»[63].

In questo breve quanto necessario percorso di precisazione e "contestualizzazione" dell'oggetto del dolo, non si può omettere la menzione di due disposizioni di parte generale che attengono alla realizzazione plurisoggettiva del reato. Ci si riferisce agli artt. 116 e 117 c.p., che contengono una disciplina derogatoria rispetto al c.d. dolo di concorso, la fisionomia del quale si ricava attraverso la trasposizione in ambito concorsuale della regola della rappresentazione e volontà del fatto tipico.

Anche questo gruppo di norme verrà preso in considerazione in un apposito capitolo della presente trattazione, quindi sia consentito ora limitarsi a una "fotografia" essenziale della deroga al regime generale.

Dalla lettura congiunta dei due commi dell'art. 116 c.p., rubricato «Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti»[64], emerge il riconoscimento della possibilità di addebitare a un soggetto il reato concretamente realizzato da altri anche se questo è diverso (normalmente più grave) rispetto a quello concordato, sembran-

---

[62] Il comma 2 dell'art. 92 c.p. prosegue precisando che «Se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata».

[63] A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2020, p. 349 ss., in particolare, p. 350. Sempre a livello manualistico, si vedano S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 660, 661 e 673 s. Per una rilettura contemporanea dell'istituto, a livello monografico, A. Menghini, *Actio libera in causa*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, in particolare p. 271 ss.

[64] «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» (comma 1).

«Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave» (comma 2).

do peraltro bastare un mero apporto causale del proprio contributo a legittimare la maggiore responsabilità. Anche dopo l'intervento della Corte costituzionale nel 1965, volto a ridurre il contrasto della norma con la Costituzione, richiedendo che il reato più grave possa rappresentarsi «come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto»[65], rimane inalterata una significativa compressione dell'oggetto del dolo in capo a uno dei concorrenti, la cui responsabilità è comunque qualificata come dolosa, con giusto il temperamento di una riduzione (obbligatoria) di pena.

Analogamente derogatoria è la disciplina dell'art. 117 c.p., che regola il «Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti»[66]. La sussistenza dell'elemento "qualificante" in capo a un concorrente appartiene evidentemente alla tipicità del reato diverso, di cui ne è elemento costitutivo, quindi, secondo il regime generale basato sugli artt. 43 e 47 c.p., esso dovrebbe essere rappresentato da tutti gli altri soggetti chiamati a condividere la "mutata" responsabilità. Al contrario, è proprio nella sottrazione di questo elemento all'oggetto del dolo e, più radicalmente, nella negazione della necessità di qualsiasi criterio di imputazione colpevole, che si delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Anche la disciplina dell'art. 117 c.p. può essere oggi salvata all'unica condizione di rileggerla in termini conformi almeno al principio del *nullum crimen sine culpa*, tenendo comunque conto che, in questo caso, a fronte di una qualificazione in termini dolosi della responsabilità corrisponde la mera possibilità di una diminuzione di pena.

Si comprende come siano di varia natura i profili problematici della disciplina contenuta negli artt. 116 e 117 c.p.: non solo di colpevolezza in senso stretto (e, forse, già prima, di fatto proprio), ma anche di proporzione sanzionatoria. Si tratta di una "sintomatologia" riscontrabile in molte ipotesi riconducibili all'idea di imputa-

[65] Corte cost., 13 maggio 1965, n. 42, in *Riv. pen.*, 1965, p. 598 ss., in particolare p. 600.

[66] «Se, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti tra il colpevole e l'offeso, muta il titolo del 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 per i quali non sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti, diminuire la pena».

zione colpevole differenziata. Quando si ritornerà sulle disposizioni codicistiche in esame lo si farà proprio per pervenire a una più completa razionalizzazione della coesistenza di dolo e colpa.

3.2. *La problematica legittimazione del dolo eventuale*

Esaurita questa prima rassegna delle norme che contribuiscono a delineare i contorni del dolo in relazione al suo oggetto nei diversi ambiti, occorre tornare al punto di partenza, cioè alla definizione più generale – ovviamente, ci si riferisce a quella contenuta nell'art. 43 c.p. – in modo da affrontare il secondo aspetto problematico che all'inizio si è prospettato.

Si tratta dunque di considerare la compatibilità con il dato legale delle diverse forme principali in cui il dolo è stato concepito dalla dottrina e dalla giurisprudenza successive all'entrata in vigore del codice, con l'avvertenza che spesso si tratta comunque di "prodotti" dell'elaborazione teorico-pratica piuttosto risalenti nel tempo.

Come è noto, le impostazioni classificatorie che si dividono il campo sono piuttosto numerose. Sarebbe dispendioso quanto poco proficuo prenderle ora tutte in considerazione. Si può senz'altro assumere come riferimento il collaudato schema tripartito accolto dall'orientamento attualmente dominante, che si basa sulla combinazione di "gradazioni" diverse d'intensità dell'elemento rappresentativo e di quello volitivo per distinguere tra dolo intenzionale, dolo diretto e dolo eventuale[67].

---

[67] In dottrina (limitandosi alle opere sistematiche), tra gli altri, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 440; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 432; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 382 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., p. 297 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 359 ss.

In giurisprudenza, tra le pronunce più recenti in questo senso, Cass. pen., Sez. II, 23 gennaio 2019, n. 10224, in *DeJure*.

Tra gli Autori che propendono invece per una diversa classificazione, ad esempio, S. Prosdocimi, voce *Reato doloso*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, Utet, 1996, p. 246, il quale aggiunge anche il «dolo indiretto», che attrarrebbe alcune delle ipotesi tradizionalmente ricondotte al dolo diretto; A. Pagliaro, *Dolo ed errore: problemi in giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2494, il quale ritiene più corretto parlare di «dolo indiretto» – e non di dolo diretto – non solo in alcune, ma in tutte le ipotesi

Non si può fare a meno di osservare come un cittadino qualsiasi che si trovasse impegnato nella lettura della prima parte dell'art. 43 c.p. finirebbe per capire che la responsabilità penale a titolo di dolo si configura soltanto quando il reato è posto in essere intenzionalmente, cioè con volontà rivolta proprio all'integrazione degli elementi descritti nella norma incriminatrice o quantomeno dell'evento. Tale conclusione sarebbe incoraggiata, oltre che dall'impiego del termine «voluto», anche dal fatto che, per il legislatore, il delitto «è doloso, o secondo l'intenzione»; espressioni, queste, affiancate in modo da apparire intese come del tutto equivalenti.

Che questa sia l'interpretazione più immediata del dato testuale pare difficilmente smentibile, anche se vengono spesso evidenziati elementi altrettanto ricavati dal tessuto normativo che deporrebbero nel senso di non limitare la responsabilità dolosa alla sussistenza dell'intenzionalità dell'illecito, nota che caratterizzerebbe piuttosto soltanto una delle possibili forme del dolo, cioè quella del dolo intenzionale[68], l'unica a non alimentare alcun dubbio circa la propria legalità.

---

in cui «il soggetto opera, tendendo a un risultato diverso da quello che costituisce l'evento tipico, ma rappresentandosi come certo il verificarsi accessorio di un altro evento lesivo». Una panoramica critica di questa varietà dottrinale (estendibile a dismisura se si considerano le differenze meramente terminologiche nella qualificazione di fenomeni identici) è sviluppata da G. De Simone, *L'elemento soggettivo del reato*, cit., p. 421 ss. Per un'ampia rassegna sulle diverse qualificazioni del dolo nella giurisprudenza, si vedano, ad esempio, G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., p. 231 ss.; A. Madeo, *Il dolo nella concezione "caleidoscopica" della giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 837 ss.

[68] Al fine di applicare l'argomento *a contrario*, si potrebbe in particolare notare che la scelta di limitare la punibilità all'esclusivo ricorrere dell'intenzionalità di una condotta o di un risultato è espressamente riscontrabile soltanto in pochissimi casi, tra cui si suole menzionare la (attuale formulazione della) fattispecie di abuso d'ufficio, che trova la propria disciplina nell'art. 323 c.p. In argomento, a livello monografico, A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 22 ss. (Autore che, in generale, ha espresso non poche critiche nei confronti della figura del dolo eventuale, quantomeno di talune sue declinazioni, come si dirà meglio a breve), ove un quadro dell'evoluzione della fattispecie proprio con riferimento al dolo; fra le trattazioni non di "parte speciale", diffusamente, P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 122 ss., che evidenzia l'eccezionalità della scelta legislativa parlando della vigente formulazione dell'abuso d'ufficio come «prototipo» delle «fattispecie a dolo "necessariamente intenzionale"».

Quanto alla giurisprudenza, al di là dell'appropriatezza del linguaggio usato, significativa in tal senso è Cass. pen., Sez. VI, 20 aprile 2011, n. 34166, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2582, secondo cui, peraltro, «In tema di elemento soggettivo del

Non sembra possibile ricavare elementi decisivi invocando l'art. 133 c.p., relativo alla commisurazione della pena, dove, nel n. 3 del comma 1, si prevede che la gravità del reato debba essere desunta dal giudice, tra l'altro, dall'«intensità del dolo». Se ciò lascia effettivamente intendere come il dolo stesso non sia soltanto qualche cosa che, in una secca alternativa, sussiste o non sussiste, ma sia piuttosto un concetto che si presta anche a una valutazione in termini differenziali, si deve altrettanto riconoscere che il dato legale in menzione è ambiguo e si potrebbe anche riferire al solo dolo intenzionale, certamente graduabile.

Lavorando sulla possibile non coincidenza semantica tra intenzione e volontà, talvolta anche con riferimenti a discipline extragiuridiche[69], si è diffusa l'opinione che, nella formulazione della prima parte dell'art. 43 c.p., l'accento vada calato sull'ultima delle due parole. Assumendo come modello il reato con evento naturalistico, in particolare il delitto di omicidio, si è quindi consolidata l'opinione per cui la volontà potrebbe sussistere anche qualora la conseguenza offensiva della propria condotta non fosse perseguita dal soggetto agente.

Così, pur se non "preso di mira", è ritenuto comunque voluto

---

delitto di abuso d'ufficio, il dolo intenzionale riguarda soltanto l'evento del reato, mentre gli altri elementi della fattispecie sono oggetto di dolo generico».

[69] Offrono ampi riferimenti a questo percorso, G. Cerquetti, *Il dolo*, Torino, Giappichelli, 2010, in particolare, pp. 63 ss. e 180 ss.; Id., *Riflessioni sulla volontà del fatto di reato, requisito del dolo, alla luce delle neuroscienze e di recente dottrina*, in S. Vinciguerra, F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 163 ss.; G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., pp. 70 ss. e 78 ss., che esprime a dir poco delle riserve sul possibile ruolo delle neuroscienze in materia: «Sottrarre il dominio del mentale alla filosofia per affidarlo alla scienza è scelta errata e inapplicabile» (pp. 79 e 80). Al contrario, sull'opportunità di un ripensamento di una categoria come il dolo alla luce delle neuroscienze, si vedano, in particolare, O. Di Giovine, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., p. 307 ss., in particolare p. 323 s.; Ead., *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 52 ss.; F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, in particolare pp. 1648 ss. e 1654 ss., il quale, come l'Autrice appena sopra citata, estende il discorso anche (e in questo caso soprattutto) alla colpa; in argomento, inoltre, C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 247 ss.

l'evento rappresentatosi come esito certo o altamente probabile di una condotta che non si rinuncia a porre in essere. Questa equiparazione ermeneutica è proprio quella che dà sostanza al dolo diretto, in cui la particolare intensità dell'elemento rappresentativo finisce per "compensare" una carenza dell'elemento volitivo[70].

Il dolo eventuale, la cui legittimità viene talvolta ribadita facendo riferimento ai lavori preparatori del codice del 1930, dai quali, in realtà, non emergono affatto dati davvero univoci in tal senso[71], è invece l'ipotesi in cui la volontà, comunque la si intenda, è meno intensa ed è identificata, nelle enunciazioni di dottrina e giurisprudenza a lungo prevalenti, almeno fino a qualche anno fa, nell'«accettazione del rischio» che l'evento (o, più in generale, il fatto) effettivamente preveduto si verifichi[72].

---

[70] Si osserva con giusto calibro che questa particolare figura di dolo «è caratterizzata dal ruolo dominante della rappresentazione»: così G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 383. In argomento, tra gli altri, S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 191 ss. Sulla parentela di questa forma di dolo con l'*oblique intention* di matrice anglosassone, si vedano, in particolare, L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, 2ª ed., Brescia, Morcelliana, 1993, p. 43 ss.; A. Cadoppi, voce *Mens rea*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 635, i quali riconducono l'espressione a J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, London, Payne, 1789, p. 202 ss., leggibile anche in italiano: *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Torino, Utet, 1998, p. 180 ss., di cui si può leggere uno stralcio commentato in P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, cit., pp. 94 e 95, nota 6.

[71] Per ampi quanto preziosi riferimenti ai lavori preparatori del codice penale, piuttosto travagliati in merito alla definizione del dolo, si veda G. Cerquetti, *Il dolo*, cit., p. 147 ss., il quale conclude il proprio percorso argomentativo sul punto trattando, nel paragrafo 28, «La teoria del dolo di Alfredo De Marsico e l'infondatezza della relativa negazione del dolo eventuale alla luce dei lavori preparatori del codice penale Rocco». Il pensiero criticato, espresso da uno dei più illustri partecipanti ai lavori in sostanziale concomitanza (anche se, precisamente, prima) dell'approvazione del progetto definitivo, è leggibile in A. de Marsico, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, Morano, 1930, in particolare, p. 143 ss. Per una riproposizione più recente della tesi per cui il legislatore del 1930 avrebbe chiaramente voluto escludere dalla definizione legale del delitto doloso il dolo eventuale, M. Caterini, *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal* versari in re illicita *al dolo eventuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, in particolare pp. 385 e 386.

[72] Limitandosi alle trattazioni manualistiche e sistematiche, ad esempio, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª ed. (aggiornata e integrata da L. Conti), Milano, Giuffrè, 2003, p. 354 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 443; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 385.

Come si avrà modo di notare prendendo in considerazione la definizione legislativa della colpa, l'«avere […] agito nonostante la previsione dell'evento» non determina automaticamente – vengono così private di fondamento positivo le teorie della rappresentazione, quantomeno quelle più radicali[73] – una responsabilità dolosa, la quale non può quindi prescindere da un riscontro positivo circa la sussistenza di indici volitivi. Non a caso, nei contributi sul dolo even-

---

Il richiamo esplicito all'accettazione del rischio è ampiamente presente in giurisprudenza; tra le molte, Cass. pen., Sez. I, 14 dicembre 2011, n. 267; Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2012, n. 31449 (sul noto caso *Spaccarotella*); Cass. pen., Sez. I, 30 maggio 2012, n. 23588, tutte leggibili in *DeJure*; inoltre, Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2009, n. 12433 (ove il criterio è però dichiarato accertabile attraverso l'impiego sostanziale della c.d. prima formula di Frank, ripresa anche da autorevoli pronunce successive, come si inizierà a vedere a breve), ad esempio, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2548 ss., con commento di M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, p. 2555 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 822 ss., con commento di P. Pisa, *Punibilità della ricettazione a titolo di dolo eventuale*, p. 826 ss.; in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2010, con nota di G. Abbadessa, *Ricettazione e dolo eventuale* (dello stesso Autore, si veda anche una nota comparativa dei commenti di Donini e Pisa appena citati: Id., *I commenti di Donini e Pisa alla pronuncia delle Sezioni Unite su ricettazione e dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2010); in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 300 ss., con commento di G.P. Demuro, *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, p. 308 ss.

Per un'analisi critica di dottrina e giurisprudenza allineate nell'accogliere il criterio, si vedano, ad esempio, P. Veneziani, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium iuris*, 2000, p. 70 ss.; G. de Vero, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione «separata» dei tipi criminosi*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, Jovene, 2011, p. 909 ss.; S. Canestrari, *Il dolo*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, cit., p. 107 ss., i quali offrono un quadro eloquente sulla manipolabilità della stessa formula dell'accettazione del rischio, non di rado discutibilmente agganciata decisivamente alla liceità o meno del contesto di base. Per un bilancio su quest'ultimo aspetto, in particolare, S. Canestrari, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in M. Donini, R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, Bononia University Press, 2013, specialmente pp. 135 e 136: «in assenza di adeguate informazioni appariva legittimo il sospetto che gli organi giudicanti attingessero l'"interiorità" del dolo eventuale attraverso il ricorso a paradigmi semplificanti di "tipo d'autore". Ciononostante, il "tacito accordo" tra dottrina e giurisprudenza, sia pure poco commendevole, garantiva effetti tranquillizzanti».

[73] Per una dettagliata disamina critica delle teorie non volitive, si vedano, ad esempio, S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 33 ss.; G. Cerquetti, *Il dolo*, cit., p. 180 ss.

tuale, è assai frequente il richiamo metodologico alla ricerca di tratti omogenei rispetto a quelli della figura prototipale, identificabile nel dolo intenzionale[74], anche se non manca chi ritiene che l'ordinaria sufficienza del dolo eventuale suggerirebbe di assumere quest'ultima come forma base, ossia minimo comune denominatore dell'imputazione dolosa[75].

Resta oggi quantomeno dubbio se la formula con cui, dai più, si riempie di sostanza l'elemento volitivo del dolo eventuale sia realmente aderente alla lettera della legge, qui "stirata" fino a indiziare, quanto mai, lo scavalcamento del confine (a dire il vero, anch'esso "vaporoso") tra interpretazione estensiva e analogia *in malam partem*[76], con implicazioni che riguardano quantomeno la proporzione sanzionatoria (quando esiste anche la versione colposa del delitto, normalmente punita meno), se non addirittura la radicale alternativa tra liceità penale e punibilità.

---

[74] Si veda, ad esempio, D. Pulitanò, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, in particolare p. 53. In argomento, ancor più di recente, con particolare riferimento alle controverse vesti del dubbio, D. Brunelli, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., p. 207 ss.

[75] Sul punto, si rinvia alla puntuale ricognizione critica di M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2014, p. 76 ss.

[76] Proprio su questo aspetto si appuntano le riserve della dottrina più critica in materia. Si veda, in particolare, A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Ind. pen.*, 2010, p. 15 (lo stesso lavoro è stato poco dopo riproposto, con integrazioni nelle critiche rivolte alle diverse impostazioni teoriche maturate in tema di dolo eventuale, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, Giappichelli, 2011, p. 201 ss.): «se si tiene conto del fatto che nella definizione codicistica di dolo la previsione e la volontà dell'evento trovano una sorta di denominatore comune nel senso della definizione del delitto doloso come intenzionale, non ci si può non rendere conto come il criterio dell'accettazione del rischio sia sì un criterio analogo a quello della volontà, ma ontologicamente e sostanzialmente diverso, di cui ha in comune, non a caso, soltanto l'identità di *ratio legis*, tanto da dar luogo ad una inammissibile forma di analogia c.d. esterna». Dello stesso Autore, si veda anche Id., *È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 2 (web), p. 1 ss. In senso analogo, G. Forte, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 228 ss., in particolare p. 267 ss.; Id., *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 820 ss., in particolare p. 829 ss.

Va comunque dato atto alla giurisprudenza di aver cercato in un autorevole precedente della Corte di legittimità a Sezioni unite di arricchire più che in precedenza il versante volitivo del dolo eventuale: il riferimento è alla nota pronuncia relativa al caso ThyssenKrupp[77], in cui si è proposto un catalogo di indicatori della responsabilità dolosa (pronunciandosi così in una dimensione sospesa tra definizione sostanziale del concetto e proiezione processuale, di accertamento dello stesso)[78],

[77] Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, (ad esempio) in *Cass. pen.*, 2015, p. 426 ss., con commento di K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, p. 490 ss.

Si tratta, senz'altro, dell'arresto più autorevole della giurisprudenza recente in materia, su cui si vedano anche (comunque senza pretesa di esaustività) A. Aimi, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014; R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2566 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1938 ss.; M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1953 ss.; A. Cappellini, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2015; G. De Francesco, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4624 ss.; G. De Santis, *Il dolo eventuale come adesione volontaria alla lesione del bene: le SS.UU. "Thyssen" e il commiato dalla formula dell'accettazione del rischio*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 640 ss.; G. de Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 77 ss.; G. Di Biase, *Il nuovo volto del dolo eventuale, tra criterio del bilanciamento e prima formula di Frank. Genesi della pronuncia a Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp e suo recepimento da parte della giurisprudenza successiva*, in *Ind. pen.*, 2015, p. 388 ss.; L. Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 623 ss.; S. Raffaele, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici". Note sulla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2015, p. 402 ss.; Ead., *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 303 ss., in particolare p. 317 ss.; M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 559 ss.; G. Salcuni, *Il "silenzio" del rischio, la "loquacità" del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa, Pisa University Press, 2017, p. 234 ss.; P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, tassatività e individualizzazione*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 80 ss. e 240 ss.

[78] Tra i contributi recenti che si soffermano di più su questa duplice dimensione, P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo*, cit., in particolare p. 388 ss., per cui gli indicatori del dolo si collocherebbero in «una posizione "intermedia" tra concetto e prova, che però pare suscettibile di degenerazioni perché la prassi, con

tra i quali il «più importante»[79] è stato esplicitamente identificato nella c.d. prima formula di Frank, per cui la prova del dolo eventuale è raggiunta quando si può affermare che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento[80].

La legittimazione della tripartizione delle forme principali del dolo e del dolo eventuale in particolare può essere oggi concepita come il frutto di un lavorio interpretativo confortato da una lunga tradizione "scientifica"[81], che ha attecchito anche grazie alla sua indubbia funzionalità generalpreventiva a cui rinunciare non è semplice senza immaginare delle solide alternative. Tra gli obiettivi di questa trattazione, in cui lo scetticismo nei confronti del dolo eventuale emergerà comunque ripetutamente, non vi è né quello di calarsi nel profondo del «"mistero" del dolo eventuale»[82] né quello,

---

le sue istanze di semplificazione, spinge inevitabilmente verso un utilizzo deduttivo (e sostanziale) degli stessi» (p. 403).

[79] Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., punto 51.11 del «Considerato in diritto».

[80] R. Frank, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1890, p. 211. Nella dottrina italiana, per un'ampia messa a fuoco della teoria dell'illustre giurista tedesco, in particolare, G. Gentile, «*Se io avessi previsto tutto questo*». Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

[81] Radicale nel criticare il volto in un certo senso meno nobile di questa tradizione, spingendosi ad affermare che il dolo eventuale «è un'invenzione dei giuristi addottrinatori e reazionari», F. von Liszt, *Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess*, in Id., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Liszt*, II, Berlin, Guttentag, 1905, pp. 281 e 282. Per l'appena riportata traduzione italiana dell'espressione di von Liszt, si è debitori a J. de Faria Costa, *Le definizioni legali del dolo e della colpa quali esemplificazioni delle norme definitorie nel diritto penale*, in A. Cadoppi (studi coordinati da), Omnis definitio in iure periculosa? *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1996, p. 268, a cui si rinvia anche per interessanti riferimenti alle definizioni di dolo e colpa nell'ordinamento portoghese.

[82] L'espressione è tratta dall'efficace titolo di una raccolta di scritti in materia, maturati all'esito di un convegno perugino del 27 gennaio 2012: D. Brunelli (a cura di), *Il "mistero" del dolo eventuale*, Torino, Giappichelli, 2014. La parola «mistero», per quanto inquietante se riferita a concetti giuridici da cui può ben dipendere la compressione di libertà fondamentali dei consociati, è meno iperbolica di quanto possa apparire. Del resto, l'incessante produzione dottrinale e il succedersi, ancora in epoca contemporanea, di diverse pronunce delle Sezioni unite della Cassazione conferma la considerazione di H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht,* cit., p. 69, per cui la questione della distinzione tra dolo e colpa sarebbe «la più difficile

forse altrettanto impegnativo, di proporre un radicale superamento di questa figura. Più realisticamente, fattispecie miste di dolo e colpa possono avere «una funzione distensiva e integrativa dinanzi al dualismo tra dolo (eventuale) e colpa (cosciente)»; cioè «sdrammatizzano l'alternativa»[83], offrendo soluzioni che, se messe a punto in modo calibrato (quindi non indiscriminatamente, ma settorialmente), dovrebbero consentire un deciso guadagno non necessariamente sul piano del contenimento dell'area complessiva della punibilità ma almeno su quello della proporzione sanzionatoria, in omaggio a una declinazione coerente del principio di personalità, che implica – lo si vedrà meglio più avanti – la necessità che nella pena non sia rispecchiata una colpevolezza eccedente rispetto a quella effettiva.

È evidente che una prospettiva del genere può risolvere più problemi di quanti collateralmente ne può creare se nelle quote di imputazione dolosa viene salvaguardata la natura volitiva o comunque di pieno dominio intellettivo del fatto (*rectius*: di uno o più elementi dello stesso), lasciando all'imputazione colposa il compito di razionalizzare più lealmente l'addebito delle componenti dell'illecito rispetto alle quali la colpevolezza presenti tratti anfibi o, naturalmente, sia indubbiamente colposa; fatta salva comunque la possibilità di prevedere la punibilità soltanto di alcuni gradi elevati di colpa.

Se è vero che si tratta di fatto di alimentare (del tutto consapevolmente) una crepa nel dogma dell'unità del criterio di imputazione colpevole del fatto tipico[84], non si può però non ricordare che già *internamente* la responsabilità dolosa è sottoposta a possibili frammentazioni.

Un effetto simile si è prima evidenziato nel momento in cui si è dato conto del fatto che soltanto rispetto ad alcuni elementi è pertinente il richiamo alla volontà, mentre per altri, il coefficiente per ottenere un dominio del fatto è più propriamente la rappresentazione.

---

e la più discussa del diritto penale» (così tradotto da S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 2).

[83] M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., p. 75.

[84] Sul recente superamento di dogmi accettati a lungo nella dottrina penalistica, G. De Francesco, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una problematica 'moderna'*, in *Leg. pen.*, 11 luglio 2017, in particolare p. 2 ss., in merito al controverso dogma della volontà nell'imputazione dolosa, assai spesso affermato e più difficoltosamente rispettato in concreto.

Ora ci si riferisce più che altro a casi di delitti per i quali sia previsto un dolo specifico[85], figura non menzionata esplicitamente nella parte generale ma di indubbia vitalità in quella speciale.

Senza alcuno sconcerto, si tende spesso ad accogliere la linea per cui, ferma restando la necessità di una sorta di dolo intenzionale *pro quota*, con riferimento cioè a quegli elementi che per esplicita scelta legislativa devono essere perseguiti ma la cui realizzazione non è indispensabile (altrimenti si tratterebbe di un dolo intenzionale vero e proprio), è ben possibile che, per gli altri, persino il dolo eventuale possa rappresentare un valido criterio di imputazione[86].

Il riferimento a illeciti a dolo specifico è forse più suggestivo nell'evidenziare la possibile pluralità di forme di imputazione dolosa nell'ambito della stessa fattispecie, ma ciò non significa che una convivenza del genere non si possa riscontrare pure nel contesto dei delitti a dolo generico. Così è, ad esempio, nel caso della calunnia. Alla luce della particolare formulazione dell'art. 368 c.p., si può fondatamente escludere il dolo eventuale rispetto alla falsità dell'incolpazione, ritenendolo invece ammissibile in relazione agli altri elementi dell'illecito, come la riconducibilità del soggetto a cui è rivolta la dichiarazione all'autorità giudiziaria o a un'altra autorità che a quella abbia obbligo di riferirne[87].

---

[85] Su tale forma di dolo, lo studio più approfondito sviluppato nell'ambito della dottrina italiana resta quello di L. Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993, che ne attribuisce la paternità a Francesco Carrara (p. 3 ss.). Tra le monografie, si veda anche M. Gelardi, *Il dolo specifico*, Padova, Cedam, 1996.

[86] In termini generali, per tutti, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 446. Per una concretizzazione del discorso, si veda, ad esempio, A. Cadoppi, *Il delitto di omessa dichiarazione*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, I, 2ª ed., Milano, Utet, 2019, p. 199 ss., in particolare p. 202, che, trattando il delitto di omessa dichiarazione, ritiene legislativamente configurato un dolo specifico in corrispondenza del necessario fine di evadere le imposte, mentre rispetto all'esatto ammontare dell'imposta evasa, in particolare circa l'effettivo superamento della soglia prevista, sarebbe sufficiente il dolo eventuale.

[87] In questo senso, esplicitamente, S. Bonini, *Art. 368*, in G. Fornasari, S. Riondato (a cura di), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 75.

In giurisprudenza è tutt'altro che raro leggere che «la formula normativa "taluno che egli sa innocente" risulta particolarmente pregnante e indicativa della consapevolezza certa dell'innocenza dell'incolpato»: così, ad esempio, Cass. pen., Sez.

4. *La definizione legale del delitto colposo*

4.1. *Colpa e volontà*

Il codice, come non definisce il dolo in generale, non si dedica a una definizione diretta nemmeno della colpa, ma dalla disposizione codicistica che profila il delitto colposo è comunque possibile ricavare alcuni caratteri identitari della colpa. Nell'art. 43 c.p. si legge che il delitto «è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline» (comma 1, 3° alinea).

La definizione legale esordisce con un inciso dedicato, ancora una volta, all'intenzione, la contrarietà alla quale connota così, da subito, il delitto colposo. Ciò significa che l'evento, su cui è costruita anche questa definizione, come quelle precedenti di delitto doloso e preterintenzionale, di regola, non deve qui essere perseguito: esso, anche se preveduto, «non è voluto dall'agente», potendosi vedere in tale precisazione, che individua un "presupposto negativo", la connotazione della colpa come "non dolo" [88].

Vero è che, nella logica dello stesso codice, il reato colposo non potrebbe comunque concepirsi come un'entità giuridica completamente a-volitiva, poiché l'art. 42, comma 1, c.p. riferisce coscienza e volontà a ogni azione od omissione[89], a prescindere dalla qualifica-

---

VI, 14 dicembre 2016, n. 4112, in *DeJure*. In alcuni precedenti, però, si è attribuito un ruolo decisivo al carattere di ragionevolezza del dubbio eventualmente presente in capo all'agente. Un simile orientamento sembra spingersi persino a consentire una surrettizia apertura alla responsabilità colposa, in frontale contrasto con la lettera della legge, come osserva (commentando Cass. pen., Sez. VI, 22 dicembre 2015, n. 1399), ad esempio, V. Manca, *La ragionevolezza del dubbio nel delitto di calunnia: criterio di accertamento del dolo o espediente per una responsabilità sostanzialmente colposa?*, in *Arch. Pen.*, 2016, n. 2 (web), in particolare p. 7 ss.

[88] In argomento, M. Gallo, voce *Colpa penale*, cit., p. 624 ss., in particolare, p. 627; G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., pp. 115-118 e 122-125, il quale definisce «intensionale» questa prima parte della definizione codicistica; D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., pp. 245 (ove una terminologia simile: si parla di «enunciato *intensionale negativo*») e 365 ss., con ampi riferimenti alla qualificazione comunque colposa della responsabilità, coesistendo la volizione di alcuni elementi del reato.

[89] Sulla problematicità della norma in relazione ai reati omissivi, soprattutto quelli propri, si veda A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, II, cit., p. 987 ss.

zione dolosa o colposa. Si è però già dato conto di come tale disposizione venga per lo più intesa nel senso della sufficienza della dominabilità del comportamento, ridimensionandosi così la contraddizione che apparentemente si crea con la definizione codicistica dell'articolo successivo.

In questa trattazione ci sarà modo di evidenziare che alcune disposizioni (essenzialmente quelle degli artt. 47, comma 1, 55 e 59, comma 4, c.p.), analogamente a quanto si è detto rispetto al dolo, hanno la capacità di completare il quadro parziale fornito dalla definizione di delitto colposo[90]. Il discorso non può essere esplicitato fino in fondo in questi passaggi introduttivi, sembrando più opportuno fare rinvio a una fase maggiormente avanzata della trattazione, in particolare alle pagine in cui si affronteranno i rapporti tra scriminanti e imputazione colpevole differenziata. Ora basti considerare che, normalmente, la volontà dell'agente *può* anche concretamente sussistere rispetto ad alcuni elementi dell'illecito, ma – ecco una delle differenze rispetto alla fisionomia del delitto doloso – questa *non deve* mai estendersi a coprire l'intero fatto tipico[91].

4.2. *Il cuore normativo della colpa*

È ora opportuno considerare che il codice concepisce il fatto come colposo quando «si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline»; enunciato che descrive, "in positivo", i tratti caratteristici della colpa.

Sulla terminologia definitoria utilizzata dal legislatore si fondano due distinzioni, entrambe feconde di spunti problematici di ampia portata.

Partendo dalla fine della formulazione legale, viene suggerita una distinzione, piuttosto consolidata in dottrina e in giurispruden-

[90] Si noti, peraltro, che la menzione dell'evento compare qui in forma più sintetica rispetto alle due definizioni precedenti, cioè lo stesso non è qualificato come «dannoso o pericoloso».

[91] In questo senso, ad esempio, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 465.

za, che separa due grandi aree di responsabilità colposa. Da un lato, si ha la riconduzione di negligenza, imprudenza e imperizia alla «colpa generica», la quale opera in modo "indipendente" da regole comportamentali formalizzate e che siano effettivamente da osservare nel contesto concreto. Dall'altro lato, alla «colpa specifica»[92] vengono ricondotti i casi di responsabilità fondata proprio sulla «inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline», cioè di vincoli di condotta predeterminati in modo formale e del tutto pertinenti nella vicenda concreta.

Si tratta, dunque, di una distinzione che si basa sulla fonte della responsabilità colposa, cioè sulle modalità di formazione della regola da osservarsi per evitare di dare luogo all'evento o comunque al fatto tipico, la cui realizzazione è "censurata" da una norma incriminatrice.

Non passa inosservato come, nel riferimento a tale fattore differenziale, si sia partiti da un presupposto che non può essere lasciato implicito, meritando, al contrario, una considerazione più approfondita. Si deve cioè mettere, da subito, in piena evidenza il denominatore comune di queste, come di tutte, le ipotesi di colpa: la presenza di una regola di condotta, che riempie di contenuto un dovere precauzionale spettante a un soggetto; dovere la cui violazione stabilisce il primo momento di tipicità del fatto colposo: la c.d. misura oggettiva della colpa.

La colpa si caratterizza, infatti, in prima battuta, come un concetto spiccatamente normativo, che si misura non tanto in relazione a elementi psicologici effettivi, come invece il dolo, quanto sulla base della contrarietà della condotta a una norma[93]. Il reato colposo ha

---

[92] Ampiamente riconosciuta in un'accezione comune nelle trattazioni di ogni livello, la colpa specifica è stata oggetto privilegiato di analisi di alcuni approfondimenti monografici, tra cui G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., in particolare p. 219 ss.; M. Bonafede, *L'accertamento della colpa specifica*, Padova, Cedam, 2005; M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, Giappichelli, 2012, in particolare p. 63 ss.

[93] Il superamento di concezioni psicologiche della colpa, in favore della ricostruzione in termini normativi della stessa è acquisizione piuttosto consolidata nella dottrina contemporanea. In argomento, di recente, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., pp. 27 ss. e 462 ss., il quale cerca comunque in più parti dell'opera di evidenziare l'opportunità di individualizzare il rimprovero per colpa, non assecondando quindi gli eccessi delle letture normative della colpa più accentuate.

così una forte connotazione deontica ed è in questo paragonabile al reato omissivo, al punto che, con efficacia, pur non senza rischio di fraintendimenti, si parla talvolta di «momento omissivo» (*Unterlassungsmoment*) della colpa, che altro non è che il mancato (omesso, appunto) impiego della cautela richiesta dall'ordinamento nel caso concreto[94].

Come emerge, non rileva, qui, una norma qualsiasi; per potersi parlare di colpa, è infatti necessaria la violazione di una norma avente funzione cautelare, che deve cioè porsi allo specifico fine – anche se può non essere l'unico – di consentire la prevenzione di quella situazione che va "scongiurata", in quanto richiamata nella fattispecie incriminatrice, alla quale compete, in questo senso, una funzione di selezione, secondo la ben nota logica di frammentarietà della tutela penale.

Fatto questo passo indietro, si può ora riprendere la definizione legislativa per vedere più da vicino in che cosa consistano, fino

---

[94] Il rischio, in particolare, è quello di spingersi a livelli estremi di "normativizzazione", fino a trasformare tutti i reati colposi in reati omissivi, sostanzialmente ignorando ogni indice di causalità "reale" della condotta. Questo eccesso è presente, ad esempio, in W. Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, Mohr, 1951, p. 62 ss. In argomento, tra gli altri, si vedano G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 95 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., p. 132 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 90 ss.; M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 138 ss.; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato storico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 55 ss. L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 453 ss., il quale sviluppa una prospettiva della responsabilità penale colposa fondata sul concetto di «competenza» (nell'ambito di doveri dei *status*), non molto diverso da quello di «posizione di garanzia», elaborato nell'ambito dei reati omissivi; mentre, nell'ambito della dottrina tedesca, si veda Arm. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Schwartz, 1959, p. 167 ss.

Sulla distinzione tra agire e omettere nei reati di evento, l'impostazione più convincente riconduce alla prima categoria quelle ipotesi in cui il soggetto *crea* un rischio non consentito; viceversa, sarebbe lecito parlare di omissione ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. nei casi in cui il soggetto, nella sua veste di garante, *non fronteggi* come dovuto un rischio «promanante *aliunde*» e destinato a realizzare autonomamente l'evento tipico: così, P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003, pp. 99 e 100.

in fondo, le ipotesi di colpa generica e colpa specifica, la cui analisi finisce per rivelare molto della struttura dell'illecito penale colposo in generale.

Si faceva prima riferimento al fatto che, nell'ambito della colpa generica, il rimprovero del soggetto non poggia sull'inosservanza di una regola di cautela positivizzata. I concetti di negligenza, imprudenza e imperizia, la cui precisa distinzione ha tradizionalmente avuto carattere più che altro convenzionale[95], vengono appunto qualificati dalla violazione di norme precauzionali di fonte sociale. Esse consistono in regole di esperienza che si formano sulla base di giudizi consolidati nel tempo «circa la *riconoscibilità* dei rischi insi-

[95] Sulla «relatività, all'interno della colpa, della distinzione fra negligenza, imprudenza, imperizia», si veda M. Gallo, *Colpa*, cit., p. 641. Nella manualistica, il significato delle espressioni utilizzate dal legislatore per connotare la colpa generica è accennato, ad esempio, da G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 574; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 366.

Con la recente introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p., che subordina l'esclusione della responsabilità penale del sanitario alla condizione che si tratti di imperizia – «Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia» – parte della dottrina si è sentita costretta a definire tale concetto come se fosse eterogeneo rispetto a quelli di negligenza e imprudenza. In realtà, posto che non è semplice nemmeno definire e distinguere negligenza e imprudenza, non sembra affatto necessario pensare all'imperizia come se fosse un vero e proprio *tertium genus*. Nulla vieta – ed è una lettura, oltre che per nulla inedita nella tradizione dottrinale italiana, non certo *in malam partem* e persino la più tassativizzante – di considerare l'imperizia come la declinazione "tecnica", "professionale" di negligenza e imprudenza. Tra i contributi in ambito sanitario, ad esempio, R. Alagna, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1481: «privo di fondamento epistemologico e di gittata euristica, al termine imperizia non si può attribuire alcun contenuto di senso che possa ontologicamente distinguerlo da quelli affidati ai termini "negligenza" e "imprudenza"; A. Massaro, *L'art. 590-*sexies *c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 3 (web), in particolare p. 13 ss., a cui si rinvia anche per ricchissimi riferimenti bibliografici, in grado di testimoniare il fallimento dei tentativi di distinguere, all'interno dell'ambito sanitario, tra le tre forme di colpa generica: «più gli esempi si moltiplicano, più l'impressione è quella di avventurarsi in ingestibili bizantinismi classificatori» (p. 19); inoltre, volendo, G.M. Caletti, M.L. Mattheudakis, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies *c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018, pp. 34 e 35 (ove ulteriori riferimenti alla tradizione dottrinale a cui poco sopra si è fatto riferimento). Da ultimo, in argomento, M. Caputo, *Le 'sabbie mobili' dell'imperizia e la 'viscosità' dell'art. 590-*sexies *c.p. Considerazioni* de lege lata *e* de lege ferenda, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2019, p. 443 ss.

ti nello svolgimento delle diverse attività umane e la *evitabilità* delle *prevedibili* conseguenze dannose»[96], cioè di un evento tipico o, più in generale, del fatto.

I giudizi in parola – validi in un processo penale soltanto se disponibili in una prospettiva *ex ante* rispetto alla condotta sotto accusa – vengono elaborati facendo riferimento a una figura astratta, che, per la dottrina maggioritaria, va fatta coincidere con l'«agente modello», cioè un soggetto scrupoloso e competente appartenente alla cerchia sociale individuata in base al tipo di attività che il soggetto concreto si trova a svolgere (*homo eiusdem professionis et condicionis*)[97], non importa se occasionalmente. Il contenuto del dovere di diligenza che viene così a formarsi può essere ulteriormente circoscritto procedendo a un adeguamento progressivo del parametro (che rimane di natura astratta) dell'agente modello alle particolari caratteristiche dell'attività svolta. Ad esempio, il professionista sanitario che si trovi ad affrontare una non banale operazione chirurgica è tenuto allo *standard* di perizia richiesto a uno specializzato in chirurgia e non a quello sufficiente per il medico generico.

Per aversi colpa specifica, invece, la regola cautelare violata deve trovarsi fissata (quale modalità ritenuta accettabile di esercizio – quando non si prescrive, più radicalmente, l'astensione – di un'attività pericolosa, all'esito di un «bilanciamento tra gli interessi in gioco»[98]) in una fonte positiva, formale, "scritta", la quale può essere generale e astratta, come (tendenzialmente) la legge, il regola-

---

[96] S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 469. Sempre nella manualistica, si vedano G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 571, che parlano di «cristallizzazione di giudizi ripetuti nel tempo».

[97] In argomento, per tutti, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 194; più di recente, M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 64 ss. Per una serrata critica alla figura dell'agente modello, si veda F. Giunta, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 1295-1297, il quale preferisce fondare la colpa generica sugli «usi». Tra le altre note impostazioni difformi vi è quella di F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 333, che ritiene più corretto generare la regolare cautelare sulla base delle miglior scienza ed esperienza, accogliendo però il parametro dell'agente modello nell'ambito della "misura soggettiva" della colpa.

[98] G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 382.

mento e le discipline (emanate da autorità pubbliche o private, come i datori di lavoro) oppure a carattere personale, come gli ordini[99].

In questo ambito, dunque, il giudizio di prevedibilità ed evitabilità delle conseguenze di determinate condotte non viene meno, ma, semplicemente, non passa, almeno in prima istanza, attraverso il parametro dell'agente modello. Il soggetto deve direttamente attenersi alle indicazioni che sono "preconfezionate" in una norma formalizzata, che lo guida nel comportamento.

Se queste ultime osservazioni colgono senz'altro un lato di verità, risulta più che opportuno precisare che il rispetto delle cautele positivizzate non è sempre sufficiente a escludere una responsabilità colposa.

Il punto è che, a volte, tali cautele non «esauriscono la misura di diligenza richiesta all'agente nelle situazioni considerate»; il che finisce per imporre al soggetto di verificare (mettendole sostanzialmente in discussione) l'adeguatezza e la sufficienza delle regole cautelari positivizzate nel caso concreto, tornando in primo piano il riferimento al parametro dell'agente modello, dominatore esemplare della sfera di rischio in considerazione. Nel caso in cui «residui cioè uno spazio di esigenze preventive non coperte dalla disposizione scritta, il giudizio di colpa può tornare a basarsi sulla inosservanza di una "generica" misura precauzionale», la quale delimita, in via definitiva, la soglia di rischio consentito (*erlaubtes Risiko*)[100].

---

[99] S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 473.

[100] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 582. Quanto ai rapporti tra colpa generica e colpa specifica, va messa in evidenza la *precarietà* della regola cautelare "precostituita", ai fini della fissazione della soglia di rischio consentito nel caso concreto: la realtà può infatti presentare al soggetto interessato fattori di pericolo non ricompresi nello spettro preventivo della cautela già osservata e quindi imporgli di adottare ulteriori precauzioni individuate all'esito di un nuovo e più generico giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento. In altri casi, può persino rendersi necessario disattendere completamente la regola di condotta formalizzata, così come avviene per le manovre stradali d'emergenza, che talvolta richiedono una tempestiva sostituzione del regime di guida *standard* con uno più consono alle evenienze. In argomento, fondamentale, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 241 ss. Per una prospettiva volta a ridimensionare i casi in cui un evento può realmente dirsi cagionato con colpa specifica, si veda O. Di Giovine, *Il contributo della*

Dato conto di come il rispetto di una regola di cautela "pensata" ed "espressa" dall'ordinamento non escluda, di per sé, la responsabilità colposa, qualche altro chiarimento è opportuno.

Il fatto che il legislatore possa decidere di riferire alcune discipline a talune forme di colpa generica, come sembra aver fatto nell'ambito dell'art. 590-*sexies* c.p. parlando di «imperizia», non implica certo automaticamente che alla normativa stessa restino estranee ipotesi di violazione di regole cautelari "codificate", ad esempio, in linee guida, protocolli e altre fonti comportamentali accreditate in ambiti dall'elevato tasso tecnico, come quello sanitario[101]. Occorre evitare fraintendimenti al riguardo, nel senso che, per quanto tra di loro problematicamente distinguibili, negligenza, imprudenza e imperizia sono connotati sostanziali, attinenti al "modo d'essere" dell'inosservanza cautelare; connotati, cioè, che prescindono dalla positivizzazione o meno della regola cautelare, potendosi apprezzare su un piano in ampia misura differente: può ben esserci una colpa specifica "per negligenza", "per imprudenza" o "per imperizia". Ciò significa, per concretizzare il discorso, che anche volendo considerare le prescrizioni di una fonte comportamentale pertinente nel caso concreto come base normativa per un'ipotesi di colpa specifica, all'applicazione di discipline come quella dell'art. 590-*sexies* c.p. non si potrebbe in alcun modo opporre come ostacolo il riferimento legislativo a una forma di colpa tradizionalmente incasellata nell'ambito della colpa generica.

---

vittima nel delitto colposo, Torino, Giappichelli, 2003, p. 399 ss. In argomento, si veda anche M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., p. 61 ss.

[101] Sulle implicazioni della tendenza legislativa degli ultimi anni a conferire «centralità al diritto conformativo (alla regola di comportamento), intervenendo sul "tipo" colposo, che viene riempito di contenuti "positivizzati" dalle comunità epistemiche, così da ridurre gli spazi di discrezionalità del giudice penale», C. Piergallini, voce *Colpa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 255, il quale nota condivisibilmente anche che «i "marcatori" dell'attività medica sembrano combaciare, in significativa parte, con i cromosomi della colpa specifica, sia pure con il correttivo, di cui il giudice deve farsi carico, di sondare costantemente la validità della piattaforma scientifica che la supporta» (p. 256).

4.3. *Pertinenza e decisività della violazione cautelare*

L'aspetto sul quale, storicamente, l'analisi critica della colpa specifica si è soffermata in senso garantistico è un altro ed è riassumibile nei termini seguenti: la violazione della regola cautelare positivizzata non è ancora sufficiente affinché possa decretarsi la sussistenza della colpa in relazione al fatto realizzatosi[102].

Quanto appena accennato significa che il giudizio di prevedibilità ed evitabilità delle conseguenze delle proprie azioni non opera soltanto in modo da integrare (poiché non bastevole) la pretesa precauzionale prestabilita in modo "ufficiale"; al contrario, l'impossibilità di prevedere (in funzione di evitare) un evento nelle modalità ripetibili della sua concretizzazione storica *hic et nunc* porta già a escludere la colpa, pur se la condotta è "macchiata" da profili di inosservanza.

Questa considerazione, che va oltre l'ambito della colpa specifica, si inserisce in una prospettiva culturale, prima ancora che dogmatica, il cui compimento dipende dalla valorizzazione dei due nessi tra colpa (*rectius*: tra violazione cautelare)[103] ed evento che la dottrina più sensibile richiede sussistano per poter considerare l'imputazione colposa un giudizio di rimprovero realmente personalizzato[104].

In primo luogo, oltre a dover essere prevedibile *in concreto*, l'evento verificatosi deve essere tra quelli che la regola cautelare violata mirava a prevenire. È tra le più condivisibili acquisizioni quella per cui il riferimento allo "scopo" della norma di cautela, se non se ne vuole tradire il senso, non può essere di carattere generico. Se, ad esempio, in coincidenza della condotta, si verifica l'evento morte, che è dello stesso genere (cioè sempre morte) rispetto a quello

---

[102] Per tutti, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 2 ss.

[103] Si avrà modo di ribadire, in più occasioni nel corso della trattazione, che la colpa per un evento può essere affermata soltanto dopo (e per effetto di) tali nessi e non prima, come se fosse un concetto indipendente dagli stessi.

[104] Per un efficace quadro di sintesi, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 401 ss. Sulla scarsa sensibilità della giurisprudenza ai nessi in questione, si rinvia alle considerazioni critiche di L. Stortoni, *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo (che ne è della colpa penale?!)*, in *Ind. pen.*, 2016, in particolare p. 12 ss.

preso in considerazione dalla regola cautelare violata, non è ancora possibile concludere per la piena congruenza logico-normativa tra inosservanza e realizzazione dell'evento. Come è stato ben messo in evidenza, tale congruenza si ha soltanto se l'evento storico ha avuto luogo passando attraverso quelle precise modalità ripetibili su cui la regola cautelare ambiva a incidere e che di questa sono, in definitiva, il diretto oggetto di prevenzione.

In questo consiste il primo dei due nessi tra colpa ed evento di cui parla la dottrina, cioè nella piena (intesa come specifica) corrispondenza tra l'evento verificatosi e lo "scopo" della regola cautelare modale che si assume violata[105]: si può al riguardo parlare di *pertinenza* della violazione cautelare[106].

Aver messo in luce il carattere modale delle cautele ha come necessaria conseguenza quella di esigere – ed è un aspetto molto significativo, le cui implicazioni sono state osservate soprattutto negli ultimi decenni – che il decorso causale sfociato nell'evento debba poter essere (stato) prevedibile al momento della condotta, in una prospettiva, dunque, *ex ante*, come già si è anticipato[107].

---

[105] Ad esempio, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 272 ss.

[106] Per il ricorso a questa espressione in un'accezione sostanzialmente coincidente, K. Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della* condicio sine qua *non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, Edizioni ETS, 2013, in particolare pp. 308, 327, 344 e 372.

[107] In argomento, significativamente, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., p. 211 ss. (ma anche pp. 487 e 503); C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, in particolare, p. 1490 ss.; Id., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684 ss.; diffusamente, anche in Id., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004; P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., in particolare, p. 49 ss.

Può essere accettabile continuare ad affermare, come si è tradizionalmente fatto, che causalità e colpa possano essere accertate ricorrendo a basi conoscitive differenti. Va in ogni caso considerato che, se una conoscenza scientifica diviene disponibile solo *ex post* (rispetto alla condotta), dovrebbero allora attivarsi particolari campanelli d'allarme rispetto all'accertamento della colpa; accertamento che non può comunque prescindere da una prospettiva (anche) *ex ante*. Il problema è del resto noto ed è stato affrontato da una letteratura copiosa soprattutto con riferimento alle attività produttive e alle malattie professionali maturate in tale contesto. Per una recente sintesi delle problematiche in argomento, si veda ancora C. Piergallini, voce *Colpa*, cit., p. 251 ss., ove analoghi riferimenti anche agli «eventi naturali megalici».

La complessa (quanto imprescindibile) verifica di "concretizzazione" del rischio nell'evento si completa poi con la valutazione dell'incidenza della violazione cautelare nel caso concreto, sotto un profilo aperto a indici quantitativi.

Si tratta del secondo nesso tra colpa ed evento, sussistente quando è possibile affermare che l'adempimento della pretesa cautelare avrebbe avuto come conseguenza la mancata verificazione dell'evento: in questo caso si può parlare di *decisività* della violazione cautelare.

Tale incidenza concreta è suscettibile di misurazione quantitativa, poiché, analogamente a quanto avviene quando si deve accertare il nesso "normativo" (inteso come non reale, non deterministico) tra condotta ed evento nei reati omissivi impropri, occorre aggiungere mentalmente un comportamento che non c'è stato (quello conforme) e affidarsi a un giudizio ipotetico e probabilistico per capire che cosa sarebbe allora successo.

Come si può intuire, le divisioni della dottrina si appuntano sul coefficiente di probabilità ritenuto sufficiente per fondare l'imputazione colposa.

Anche grazie all'intervento di un'importante pronuncia delle Sezioni penali unite della Corte di cassazione del 2002[108], che, pur con qualche ombra[109], ha messo in evidenza la necessità di arrivare a un livello di quasi certezza processuale (qualificato ricorrendo al concetto qualitativo di «probabilità logica») nell'accertamento del nesso tra condotta omissiva colposa ed evento da impedire *ex* art. 40 cpv. c.p., il terreno di discussione ove permangono differenze profonde è, per lo più[110], limitato alle ipotesi colpose di causazione attiva dell'evento.

---

[108] Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328 (è la nota sentenza "Franzese"), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss.

[109] Si vedano, infatti, le opportune perplessità espresse da P. Veneziani, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1989 ss., in particolare, sulla possibilità di impiegare il metodo dell'esclusione dei decorsi causali alternativi oltre l'ambito della ricostruzione di un decorso causale naturalistico.

[110] Tra coloro che si allontanano profondamente dall'impostazione della sentenza "Franzese" della Cassazione, merita menzione F. Viganò, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss., il quale ritiene che il giudizio sulla c.d. causalità omissiva vada ricondotto al tema dell'«imputazione per colpa» e che vada respinto sempre

Mentre, infatti, si tende ora a riconoscere che, nei reati omissivi impropri, la causalità della condotta finisce sostanzialmente per coincidere con la «causalità della colpa»[111], col risultato di richiedere anche per quest'ultima un accertamento in termini di quasi certezza (come non si è mai convincentemente messo in discussione che debba essere per la prima, almeno ragionando in termini generali), quando si ha invece una causazione attiva dell'evento, il giudizio di incidenza della violazione della regola cautelare nel caso concreto è affatto distinto da quello di causalità "materiale". Rilevata quest'ultima, si è già in presenza di un legame "forte", "stringente" tra la condotta e l'evento, che potrebbe giustificare l'accontentarsi di una soglia probabilistica più bassa per affermare, a pieno titolo, la colpa.

Le differenze profonde a cui si accennava sono legate al fatto che una parte della dottrina, certamente garantista, ritiene invece indispensabile valorizzare appieno il dato legislativo, il che significherebbe prestare maggiore attenzione al fatto che il codice definisce il delitto colposo come un illecito che risulta integrato quando l'evento si verifica «a causa» di una delle diverse forme di inosservanza cautelare[112]. Questa terminologia, ritenuta da alcuni fuorviante,

---

il criterio della «quasi certezza» dell'efficacia delle cautele non impiegate. In una prospettiva analoga, più di recente, A. Perin, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di* chances*"*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 2 (web), ove diffusi riferimenti alla dottrina di lingua tedesca e spagnola.

[111] Per l'uso di questa terminologia, si veda, ad esempio, M. Donini, *La causalità omissiva*, cit., p. 41. Parla anche di colpa «causatrice», riferendosi alla stessa realtà, F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., p. 1291, il quale giunge però a conclusioni diverse da quelle ritenute convincenti da Donini. In seguito, P. Veneziani, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1224 ss. (sull'argomento già a partire da Id., *Causalità omissiva e causalità della colpa*, in A. Cadoppi, S. Canestrari (a cura di), *Casi e materiali di diritto penale*, I, *Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 69 ss.). Nella dottrina tedesca, la coincidenza evocata nel testo è ravvisata, ad esempio, da B. Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 655.

[112] Così, sostanzialmente, anche con riferimenti alla particolare formulazione delle più "classiche" fattispecie colpose causalmente orientate (art. 589 e 590 c.p., che richiedono il cagionare l'evento «per colpa»), F. Angioni, *Note sull'imputazio-*

poiché la colpa (come l'omissione), in quanto concetto normativo, non potrebbe causare alcunché[113], induce gli esponenti della corrente dottrinale poc'anzi introdotta a richiedere anche nel rapporto tra colpa ed evento un legame altrettanto "forte" e stringente rispetto a quello che, con più diffuso consenso, si ritiene indispensabile tra l'azione (o l'omissione, come visto) e le sue conseguenze dannose o pericolose, il cui fondamento positivo è l'art. 40 c.p.

Il pregio di questa dottrina, al di là della speciale attenzione al testo della legge, è, più nel merito, quello di saldare in modo particolarmente pregnante la violazione cautelare all'evento, parificando (o comunque elevando al massimo in entrambi i casi) il livello delle garanzie nell'accertamento della colpa nei reati omissivi e in quelli commissivi[114].

Coloro che, in ambito commissivo, raggiunta rigorosamente la prova della sussistenza del rapporto causale materiale, si accontentano, invece, di un nesso più «debole»[115], ricorrendo, ad esempio, al criterio del «più probabile che no»[116], per affermare la "causalità della colpa",

---

ne, cit., p. 1308 ss. L'Autore muove (con convergenza, poi, di risultato) dalle riflessioni sviluppate, in precedenza, da G. Forti, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. De Maglie, S. Seminara (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 97 ss.; L. Eusebi, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1053 ss., in particolare, p. 1061 ss. In questi scritti, sembra possibile vedere l'influenza della prospettiva garantistica di Federico Stella, espressa nel modo più compiuto in F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2003.

[113] Così, ad esempio, G. Marinucci, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, in particolare, pp. 8, 9 e 12, il quale ritiene inappropriato anche parlare di «condotta alternativa lecita», invece che di «condotta alternativa doverosa».

[114] A questa conclusione pervengono gli Autori poc'anzi indicati come rappresentanti della corrente di pensiero in esame. Per una successiva riaffermazione della stessa prospettiva, ad esempio, L. Eusebi, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, cit., p. 993 ss.

[115] Così P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit., p. 1235, che pure ritiene ragionevole la soluzione.

[116] Letteralmente, M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 117 ss. (sviluppando quanto già affacciato in Id., *La causalità omissiva*, cit., p. 75 ss.), il quale è tra i pochi a indicare una precisa soglia di sufficienza nel misurare percen-

prediligono un modello di imputazione che giunge a un realistico compromesso, il quale, in un certo senso, limita di meno la punibilità, ma è sicuramente più sensibile alle indubbie esigenze preventive e repressive nei non pochi contesti in cui scarseggiano le «regole cautelari proprie», cioè quelle che, se rispettate, garantiscono il non verificarsi dell'evento[117]. In questa prospettiva, che sembra privilegiata anche dalla giurisprudenza[118], la causalità naturalistica della condotta avrebbe quindi un ruolo decisivo nel riuscire a scongiurare la trasformazione di reati di danno in reati di pericolo, punibili al verificarsi di un evento degradato a mera condizione obiettiva di punibilità[119].

---

tualmente l'efficacia della regola cautelare non osservata nel caso concreto, prendendo come significativo spartiacque il 50%; ugualmente, in seguito, M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., p. 219.

[117] Per tutti, P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 15 ss. Per considerazioni sulla logica generalpreventiva che sosterrebbe questa linea di pensiero, si veda C. Roxin, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikte*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1962, p. 422.

[118] In alcuni casi, l'opzione rimane spesso implicita, potendosi ricavare dal segno delle soluzioni adottate, piuttosto che da esplicite prese di posizione. Non mancano però pronunce più dirette nell'affrontare la questione, come Cass. pen., Sez. IV, 6 luglio 2007, n. 37606, in *DeJure*, tra le più "dottrinali". La sentenza, pronunciandosi su un caso di provata causalità attiva, afferma *apertis verbis* che la diversa – non tale nei reati omissivi – "causalità della colpa" «si configura non solo quando il comportamento diligente avrebbe certamente evitato l'esito antigiuridico, ma anche quando una condotta appropriata aveva apprezzabili, significative probabilità di scongiurare il danno. Su tale assunto la riflessione giuridica è sostanzialmente concorde, anche se non mancano diverse sfumature in ordine al livello di probabilità richiesto per ritenere l'evitabilità dell'evento. Di ogni caso, non si dubita che sarebbe irrazionale rinunziare a muovere l'addebito colposo nel caso in cui l'agente abbia omesso di tenere una condotta osservante delle prescritte cautele che, sebbene non certamente risolutiva, avrebbe comunque significativamente diminuito il rischio di verificazione dell'evento o (per dirla in altri, equivalenti termini) avrebbe avuto significative, non trascurabili probabilità di salvare il bene protetto». Questo punto di vista è stato recentemente accreditato dalla nota pronuncia di legittimità sul caso ThyssenKrupp: Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., punto 26 del «Considerato in diritto».

Per un interessante quadro delle posizioni della giurisprudenza precedente, si veda L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 4107 ss. e, in particolare, p. 4116 ss. Ampiamente incentrato sull'argomento è l'itinerario monografico di K. Summerer, *Causalità ed evitabilità*, cit., in particolare p. 119 ss. Tra i contributi più autorevoli nella dottrina straniera, E. Gimbernat Ordeig, *El comportamiento alternativo conforme a derecho.* De la causalidad a la imputación objetiva, Montevideo, Buenos Aires, Editorial B de F, 2017.

[119] P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit., p. 1235; M. Donini, *La causalità omissiva*, cit., pp. 77 e 78.

A ben vedere, entrambe le correnti di pensiero richiamate muovono da ragioni non trascurabili e la difficoltà di ricavare indicazioni sufficientemente univoche dal testo legislativo sembra poter consentire un ulteriore sviluppo del confronto sul tema, ora più plausibile, considerato il raggiungimento di un avanzato, anche se non del tutto maturo, livello di assestamento del dibattito (che ha assorbito, in via preferenziale, l'attenzione della dottrina negli ultimi decenni) in merito allo stesso quesito di fondo posto nell'ambito dei reati omissivi impropri, sotto la veste della "causalità omissiva"[120].

4.4. *La doppia misura della colpa*

Quello che pare opportuno aggiungere, a questo punto, è una considerazione circa l'inquadramento sistematico delle questioni venute in rilievo sinora sotto il profilo sostanziale.

È acquisizione che risulta confermata anche dai più recenti approfondimenti della struttura del reato colposo che si possa parlare di «doppia misura» della colpa, che di quest'ultima rende coerente una «doppia collocazione sistematica», in parte nell'ambito della tipicità e in parte in sede di colpevolezza[121].

Su questo sfondo bipartito, sia il "momento" della violazione della regola cautelare che gli accertamenti relativi ai due nessi normativi tra violazione cautelare ed evento descritti – non può farsi a meno di sottolineare come l'approfondimento di questi ultimi sia debitore anche al progressivo sviluppo della *objektive Zurechnungslehre*, la nota teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, talvolta rifiutata (forse con eccessiva diffidenza), da noi, poiché reputata superflua, se non "pericolosa", a mente soprattutto di so-

[120] Ritiene che si tratti di un «problema irrisolto» M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 109, nota 32, invocando una scelta legislativa (p. 120). L'Autore, in seguito, ha ribadito tutte le proprie perplessità nei confronti dell'idea di non poter prescindere da leggi esplicative universali in un periodo storico dominato dall'incertezza cognitiva: Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 132 ss.

[121] Si vedano, ad esempio, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., pp. 27 e 135 ss.; S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 21 ss.

luzioni proposte in alcune sue versioni nell'analisi dei reati omissivi impropri[122] – trovano la migliore collocazione sistematica sul piano della tipicità, stante la netta prevalenza in essi di una dimensione "oggettiva", a connotazione tendenzialmente impersonale, rispetto ai pur non assenti indici "soggettivi" che vengono in rilievo, in ragione dei quali si preferisce, a volte, parlare di misura «oggettivo-soggettiva» della colpa[123].

Non tutti gli elementi definibili (pur sempre convenzionalmente) di natura "soggettiva" sono infatti estranei al giudizio di tipicità. Basti pensare che nell'individuazione delle modalità cautelari che riempiono di contenuto il dovere precauzionale, la dottrina riconosce spesso una funzione derogatoria alle superiori conoscenze causali

---

[122] Ormai ampiamente note le critiche (invero, prevalentemente formali e di carattere sistematico, quando non meramente classificatorio) di G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3 ss.; Id., *La responsabilità colposa*, cit., p. 17. Nella manualistica, in senso analogo, ad esempio, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 173 ss.

Tra i numerosi scritti, invece, a favore, particolarmente significativo appare un recente sforzo "divulgativo" delle ragioni che portano a intravedere l'utilità della categoria dell'imputazione oggettiva ai fini dell'edificazione di un giudizio di responsabilità per fatto proprio che vada oltre il nesso di causalità materiale. Ci si riferisce a M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., a cui si rinvia anche per ampi riferimenti bibliografici. Si veda anche Id., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 635 ss.; inoltre M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 403 ss.

Il discorso verrà ampiamente ripreso nelle pagine dedicate alle questioni di responsabilità per fatto proprio.

[123] Proprio in questo senso, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., in particolare, p. 516 ss., ove si dà conto della diversa importanza dell'"oggettivo" e del "soggettivo" nel «passaggio dall'illecito alla colpevolezza»; S. Canestrari, *La doppia misura della colpa*, cit., p. 28; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 468 ss. e 492. Si vedano, inoltre, (individualmente) L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., p. 55, che propone una terminologia lievemente diversa, distinguendo tra «misura generalizzante» e «misura individualizzante», poiché «in entrambe le "misurazioni" vengono in gioco parametri giuridici normativamente predefiniti, quindi, in tale diversa accezione semantica, contrassegnabili come "oggettivi": in un caso la regola cautelare generale, nel secondo la regola di individualizzazione»; nonché, con accenti ancora diversi, M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 124 ss., che sviluppa particolarmente il concetto di «tipicità soggettiva»; G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Roma, Laterza, 2017, p. 98 ss., che, in un capitolo dedicato alla tensione «tra oggettivo e soggettivo», si sofferma sull'intreccio di entrambi i profili nella colpa penale.

dell'agente (*Sonderwissen*), nel senso che la particolare conoscenza di un fattore di rischio concreto, non altrettanto percepibile per la figura modello di riferimento, conduce a un adeguamento del comportamento doveroso proprio alla luce di questo diverso patrimonio conoscitivo, eventualmente richiedendo l'impiego di un livello più alto di cautela, che può persino tradursi nell'astensione da certe condotte. Si tratta comunque di un processo di integrazione che incide ancora sulla valutazione di illiceità della condotta, definendo solo con più calibro ciò che è dovuto e quindi, indirettamente, il fatto tipico[124].

In sede di colpevolezza vanno invece trattate le questioni riguardanti la «misura soggettiva» della colpa, cioè «rimane da accertare se il soggetto reale, che ha agito in concreto, fosse in grado (secondo il suo individuale potere di agire) di impersonare il tipo ideale di agente collocato nella situazione concreta». Il rimprovero di colpevolezza, quindi, «dipende dall'accertamento dell'attitudine del soggetto reale ad uniformare il proprio comportamento alla regola di condotta violata».

L'inserimento nel giudizio di colpa di elementi che riescano a personalizzarlo, individualizzarlo, consente di «considerare anche la colpa (e non soltanto il dolo) come una forma di colpevolezza (oltre che come una modalità oggettiva e soggettiva di realizzazione di un fatto)».

In definitiva, «la misura individualizzante della colpa (che, in genere, si articolerà ed opererà in funzione di esonero da responsabilità) consiste nella identificazione di eventuali circostanze "anomale" concomitanti rispetto alla condotta, in base alle quali si possa ritenere che il soggetto abbia sì agito in maniera *antidoverosa* (l'illecito si fonda su una situazione di *Sollen*), ma non abbia avuto il *potere* (*Können*) di adeguarsi alle aspettative dell'ordinamento espresse nelle regole cautelari».

---

[124] Sul punto, si veda, ad esempio, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., p. 270 ss.; inoltre, anche per opportuni collegamenti con il principio di affidamento, M. Mantovani, *Colpa e preterintenzione*, in A. Cadoppi, E. Carletti, G. De Francesco, G. Fornasari, A. Gamberini, R. Guerrini, G. Insolera, M. Mantovani, N. Mazzacuva, M. Pavarini, L. Stortoni, A. Vallini, M. Virgilio, M. Zanotti, *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 208 ss. e 234.

Occorre però avere presente che «il grado di individualizzazione o personalizzazione del giudizio di colpa non potrà mai coincidere con la considerazione integrale di tutte le caratteristiche della persona del soggetto agente, ma, trattandosi di un giudizio che è e deve restare "normativo", sarà necessario fare astrazione da qualcuna di esse. Così si esclude che possano rilevare tratti caratteriali, atteggiamenti o disposizioni emotive come l'indifferenza, l'insensibilità, la superficialità, l'avventatezza, la timidezza, la particolare emotività di fronte al pericolo. Si discute invece se debbano rilevare, e fino a che punto, le caratteristiche fisiche e/o intellettuali come difetti, menomazioni, cattive condizioni di salute, livello di socializzazione e scolarizzazione, conoscenze ed esperienze. Tale opzione risulta condizionata dal peso reciproco che si intende assegnare agli argomenti in conflitto attinenti al principio di colpevolezza e alle esigenze di prevenzione generale»[125].

Nello sviluppo del percorso descrittivo e ricostruttivo della colpa fino a qui condotto si è partiti dalla definizione dell'art. 43, comma 1, 3° alinea, c.p., alla quale occorre ora ritornare, in modo da

---

[125] Per i diversi virgolettati proposti, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 491-493. Analogamente, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., in particolare, p. 462 ss., indubbiamente tra gli Autori più impegnati a riportare l'attenzione sulla dimensione di colpevolezza dell'illecito colposo: Id., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1594 ss., in particolare p. 1614 ss.; Id., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1723 ss., in particolare pp. 1728 ss. e 1750 ss., ove un catalogo aggiornato di ipotesi di violazioni cautelari concretamente non rimproverabili («Oltre la figura dell'anziana contadina»). La valorizzazione del giudizio di colpevolezza colposa si riscontra anche nelle relativamente recenti monografie di A. Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2011; M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., in particolare p. 293 ss. Tra i contributi meno recenti, si veda V. De Francesco, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-1978, p. 274 ss.

In merito al concetto di "esigibilità" del comportamento conforme alle aspettative cautelari, rilevante nell'ambito della "misura soggettiva" della colpa oltre che in funzione di graduazione della colpa *ex* art. 133, comma 1, n. 3, c.p., G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990, in particolare p. 334 ss.; P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, cit., in particolare p. 296, ma si vedano, in generale, le p. 267 ss., ove un'ampia trattazione dei fattori scusanti relativi all'«anormalità del processo motivazionale», in grado di incidere senz'altro anche sulla colpevolezza dei reati dolosi.

completare il discorso con la seconda distinzione (prima d'ora solo annunciata) che il testo legislativo suggerisce.

Nell'affermare che il delitto è colposo quando l'evento non è voluto, «anche se preveduto», il codice fornisce un'indicazione preziosa per sostenere che può esserci tanto una «colpa incosciente» quanto una «colpa con previsione dell'evento», spesso descritta anche come «colpa cosciente». In quest'ultimo caso, il rimprovero a titolo di colpa viene a condividere un elemento strutturale vero e proprio (nonostante la discutibile opzione di amplificare la risposta sanzionatoria attraverso una circostanza aggravante comune, prevista dall'art. 61, n. 3, c.p.) con il modello di imputazione dolosa, cioè la previsione dell'evento, alla quale non si aggiunge qui la volizione.

Come già rilevato nelle pagine in cui ci si è soffermati sulle forme principali del dolo, l'esistenza dell'inciso sull'eventuale previsione dell'evento nel delitto colposo ha implicazioni sulla ricostruzione del reato doloso, consentendo il superamento di certe impostazioni tradizionali che teorizzavano la sufficienza della volontà della condotta, richiedendo la mera previsione dell'evento.

Essendo la volontà uno dei principali elementi differenziali tra i due tipi di illecito penale in considerazione, dottrina e giurisprudenza, in sinergia, hanno cercato di individuare la linea di confine facendo spesso leva sulla possibilità di distinguere il concetto di volontà da quello di intenzione, così rendendo molto più complicato garantire la determinatezza del primo. Il risultato, come detto, è spesso il ricorso a formule vuote o estremamente manipolabili, che conducono facilmente a perdersi in una sostanziale sovrapposizione tra dolo e colpa, confermata dal fatto che, assai di frequente, lo stesso caso ha ricevuto una qualificazione diversa nel succedersi dei gradi di giudizio, come si avrà modo di vedere anche più avanti, ad esempio affrontando i peculiari profili di tipicità e colpevolezza nell'ambito della circolazione stradale.

È (anche) in questo quadro che si inserisce lo sviluppo dell'idea di imputazione colpevole differenziata, in cui la colpa finisce di fatto per essere il criterio da cui dipende la perimetrazione complessiva dell'area della punibilità e potrebbe contribuire a soluzioni *ad hoc* più controllabili (quindi più "leali") e più proporzionate.

Nell'itinerario condotto in queste pagine si è cercato di mettere a fuoco il corredo identitario della responsabilità colposa, così da ricono-

scerla anche quando essa si presenti non "in autonomia", ma quale polo di illeciti compositi. Partendo dal dato legislativo, si è finora cercato di arrivare al cuore della «colpa penale», sempre più tesa ad affrancarsi dal corrispondente concetto elaborato in ambito civilistico, acquisendo un'identità propria[126]. Ciò risulta in ogni caso indispensabile, anche accogliendo la prospettiva secondo la quale, nel sistema penale, la colpa assume connotazioni particolari a seconda del contesto in cui si concepisce (ad esempio lecito di base o illecito), della tipologia di reato a cui si "lega" oppure del grado – significativo il riferimento alla «colpa grave» (valutabile sia sul piano della divergenza rispetto al comportamento cauto doveroso sia considerando la concreta esigibilità di quest'ultimo) come ipotesi idonea a condizionare l'*an* della punibilità, recentemente in sospeso tra prospettiva *de iure condendo* e, settorialmente (in particolare nell'ambito sanitario, come si dirà meglio), già *de iure condito*[127] – in cui si manifesta. È infatti soltanto partendo da un'analisi identitaria che, lungi dall'implicare l'accoglimento di un modello unitario di illecito colposo (decisamente in via di superamento)[128], si può fondatamente parlare già di «colpe», al plurale[129].

---

[126] In particolare, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 471 ss.; inoltre, insistendo sulla sua dimensione di *ultima ratio*, che invece storicamente non appartiene alla colpa civile, N. Mazzacuva, *L'apparente prossimità della colpa penale a garantismo e* ultima ratio, in M. Donini, R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., p. 35 ss., specialmente pp. 43 e 44.

[127] Sul grado della colpa, è ancora oggi imprescindibile l'ampio saggio di T. Padovani, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 819 ss. Per una panoramica sulle diverse prospettive volte a limitare la responsabilità per colpa in relazione al suo grado, si veda D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 529 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici; dopo la riforma della responsabilità penale del sanitario, ma in una prospettiva più generale, A. Manna, *Dal «decreto Balduzzi» alla rilevanza solo della colpa grave nel diritto penale*, in *La Corte d'Assise*, 2013, p. 217 ss.

[128] In questo senso, ad esempio, M. Donini, *Teoria del reato*, cit., p. 334 ss.; D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica della colpa penale*, cit., p. 1609 ss.; S. Preziosi, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo d'evento*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1985 ss.; S. Canestrari, *La colpa*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, cit., pp. 135 e 136; M. Donini, R. Orlandi, *La parabola della colpa*, in M. Donini, R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., pp. 30 e 31; C. Piergallini, voce *Colpa*, cit., p. 250 ss. Nella manualistica, ad esempio, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 466 e 467.

[129] Per il ricorso a tale espressione, L. Risicato, *La colpa*, in G. de Vero (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, in F. Palazzo, C.E. Paliero

5. *Le ragioni dell'indifferenza tra dolo e colpa per le contravvenzioni*

Come visto, le definizioni legali di dolo e colpa che si trovano formulate nel codice Rocco sono costruite convenzionalmente in relazione a uno specifico modello di illecito penale. È infatti il delitto, «doloso» e «colposo», a presentare all'interprete le note strutturali salienti di dolo e colpa.

Pur a fronte di questa particolare opzione legislativa, non dovrebbero sussistere dubbi sulla correttezza di un approccio metodologico volto a considerare comunque valido, nella sostanza, quanto è stabilito per i delitti anche nell'ambito delle contravvenzioni. Lo stesso art. 43 c.p., subito dopo aver definito il delitto colposo (in coda a quello doloso e preterintenzionale), conclude precisando che «La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica anche alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico» (comma 2).

La terminologia qui usata diviene più chiara se letta congiuntamente con la previsione del comma 4 dell'art. 42 c.p., in cui si rende esplicito il criterio di imputazione colpevole da osservare per le contravvenzioni: «Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa». Coerentemente, non si trova qui la regola della necessità di previsione espressa del fatto colposo punibile, che invece vale (come per quello preterintenzionale) in relazione ai delitti. Proprio sulla base di questa presa di posizione legislativa in favore dell'indifferenza tra dolo e colpa, è possibile comprendere che la precisazione dell'ultima parte della frase contenuta nell'art. 43, comma 2,

---

(diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, I, Torino, Giappichelli, 2010, p. 212 (che distingue, ad esempio, tra colpa propria e colpa impropria, tra *culpa in re licita* e *culpa in re illicita*); R. Blaiotta, *Legalità, determinatezza, colpa*, in *Criminalia*, 2012, p. 377; P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., pp. 1 e 2; F. Giunta, *Culpa, culpae*, in *Criminalia*, 2018, p. 569 ss. Per considerazioni di segno analogo in ambito comparatistico, A. Cadoppi, *Mens rea*, cit., pp. 626 e 627, il quale evidenzia l'opportunità di parlare di *mentes reae* piuttosto che semplicemente di *mens rea*. Nella dottrina tedesca, già K. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, cit., p. 241.

c.p. («ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico») si riferisce a un effetto giuridico diverso da quello relativo all'*an* della punibilità della contravvenzione in dipendenza dalla forma di colpevolezza con cui viene integrata.

In questo quadro, non si ricava affatto però la possibilità di prescindere da dolo e colpa o presumerli, come pure sostenuto in passato, rielaborando una linea interpretativa maturata con riferimento alla disciplina del codice Zanardelli del 1889. L'art. 45 di tale codice disponeva: «Nessuno può essere punito per un delitto, se non abbia voluto il fatto che lo costituisce, tranne che la legge lo ponga altrimenti a suo carico, come conseguenza della sua azione od omissione» (comma 1). «Nelle contravvenzioni, ciascuno risponde della propria azione od omissione, ancorché non si dimostri che egli abbia voluto commettere un fatto contrario alla legge» (comma 2).

Il tenore letterale delle previgenti disposizioni appena richiamate, nella loro lettura congiunta, sembrava poter rappresentare un appiglio per quelle posizioni che ritenevano non fosse necessaria un'indagine sulla colpevolezza dell'illecito contravvenzionale analoga a quella da svilupparsi per i delitti, risolvendosi dunque l'accertamento in poco più che il riscontro della materialità (o del suo equivalente nelle ipotesi omissive) del fatto e della sua antigiuridicità[130].

La maggiore chiarezza del testo dell'attuale art. 42, comma 4, c.p. o comunque il suo maggior prestarsi a una lettura nel senso di richiedere espressamente il riscontro (quantomeno) di una colpa non aveva però condotto, nei primi periodi di vigenza del codice Rocco, a un definitivo superamento di simili interpretazioni, trovandosi autorevoli prese di posizione che, nondimeno, ritenevano ancora possibile prescindere dall'accertamento di una vera e propria colpevolezza nelle contravvenzioni[131]; oppure si sosteneva, non

---

[130] In argomento, per dettagliati riferimenti, G. Sabatini, *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*, Milano, Vallardi, 1961, p. 22 ss.; diffusamente anche A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 129-133.

[131] In tal senso, ad esempio, E. Altavilla, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Napoli, Morano, 1934, p. 189; per ulteriori riferimenti, si veda L. Conti, voce *Contravvenzione*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 231.

meno autorevolmente, come in quest'ambito potessero giustificarsi presunzioni *iuris tantum* di colpa, destinate a cadere solo a fronte di un'attivazione dell'imputato sul piano probatorio al fine di far emergere l'infondatezza in concreto della presunzione[132].

Per una corretta imputazione del reato contravvenzionale, di norma, basta che la condotta sia colposa, ma questo è il coefficiente di colpevolezza minimo che deve sussistere ed essere accertato in concreto, senza presunzioni e con onere probatorio a carico dell'accusa[133]; non solo perché in questa direzione guida l'interpretazione più immediata e logica del dato testuale[134], che può pure prescindere dalle effettive intenzioni dei compilatori del 1930[135], ma anche perché, oggi, non sarebbe proprio pensabile, diversamente, pervenire

---

[132] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1960, p. 293; per una giustificazione "pragmatica" della posizione dell'Autore appena citato, L. Conti, voce *Contravvenzione*, cit., p. 232.

[133] Per ulteriori utili riferimenti alle tendenze giurisprudenziali, più di recente, G. Lunghini, *Art. 42*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, 4ª ed., I, Assago, Wolters Kluwer, 2015, pp. 600 e 601.

[134] Si tratta, in primo luogo, di una questione di coerenza interna all'art. 42 c.p.: «Infatti, se davvero all'integrazione del coefficiente soggettivo richiesto per l'imputazione delle contravvenzioni fossero (state) sufficienti le sole note della coscienza e della volontarietà della condotta, l'art. 42, comma 4, c.p. si tradurrebbe (e si sarebbe tradotto) in un'inutile ripetizione di quanto già richiesto, con riferimento a *tutti* i reati (ed incluse le ipotesi di responsabilità oggettiva), dal primo comma dello stesso art. 42 c.p.»; così, letteralmente, riprendendo una considerazione diffusa in dottrina, M. Mantovani, *La colpevolezza nelle contravvenzioni*, in A. Cadoppi, E. Carletti, G. De Francesco, G. Fornasari, A. Gamberini, R. Guerrini, G. Insolera, M. Mantovani, N. Mazzacuva, M. Pavarini, L. Stortoni, A. Vallini, M. Virgilio, M. Zanotti, *Introduzione al sistema penale*, II, cit., p. 254. Inoltre, «l'espressione concessiva "sia essa dolosa o colposa" è resa in modo positivo; è allora arduo volgerla in chiave negativa, considerandola equipollente alla forma "anche se non sia né dolosa né colposa"»: T. Padovani, voce *Delitti e contravvenzioni*, cit., p. 334, a cui si rinvia anche per precisi riferimenti bibliografici relativi ai diversi orientamenti formatisi sul punto. In argomento, tra gli altri contributi più autorevoli, C.F. Grosso, *Coscienza e volontà ed errore nelle contravvenzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 891 ss.

[135] Si veda, infatti, in senso opposto a quanto sostenuto nel testo, la *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 87: «Il Progetto non presta argomento ad equivoci o difficoltà d'interpretazione, perché esso, pur senza escludere che le contravvenzioni possono riconnettersi a dolo od a colpa, dichiara irrilevante ogni indagine sulla natura dell'elemento psicologico, ai fini della esistenza del reato».

a un giudizio di responsabilità penale conforme con la Costituzione[136]. Come si dirà meglio affrontando il percorso di affermazione del principio di colpevolezza a discapito della responsabilità oggettiva, l'interpretazione costituzionalmente conforme, purché consentita dal testo legale, va privilegiata rispetto a tutte quelle difformi, anche se queste fossero maggiormente in linea con il significato più immediato della disposizione.

Cercando di mettere a fuoco meglio e di concretizzare la portata dell'art. 43, comma 2, c.p., va considerato che il significato di una distinzione (che quindi richiede puntualità nell'accertamento) di dolo e colpa anche nell'ambito dei reati "minori" non è trascurabile. In particolare, in base all'art. 133, comma 1, c.p., al giudice si richiede di commisurare la pena tenendo conto, in primo luogo, della gravità del reato – quindi, non solo del delitto – desunta, tra l'altro, «dalla intensità del dolo o dal grado della colpa» (n. 3). Accertare il dolo oppure la colpa e non appannare, nei limiti del possibile, le sfumature "interne" a tali criteri di imputazione colpevole è quindi sempre imposto, a prescindere dal fatto che il reato sia un delitto oppure una contravvenzione, se non altro per poter applicare in modo proporzionato la pena[137].

Essendoci sempre almeno questo effetto giuridico che dipende dalla qualificazione e dalla "misurazione" dell'elemento di colpevolezza del reato, in dottrina si è appunto considerata l'espressione legislativa dell'art. 43, comma 2, c.p. un «*understatement*»[138]: le paro-

---

[136] In questo senso, con specifico riferimento a un illecito contravvenzionale relativo all'omesso deposito di una cauzione nell'ambito della disciplina sulle misure di prevenzione, Corte cost., 1° giugno 1998, n. 218, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2839 ss., in particolare p. 2843: «dalla disciplina dei criteri di imputazione soggettiva del reato contenuta nell'art. 42 c.p. discende che anche il reato contravvenzionale in questione presuppone quantomeno la colpa. Perciò la materiale impossibilità di provvedere al versamento della cauzione, causata da mancanza di disponibilità economiche evidentemente non preordinata o colposamente determinata, comporta non una forma di responsabilità oggettiva ma l'esenzione da responsabilità».

[137] M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 250. In argomento, all'indomani dell'adozione del codice Rocco, anche per riferimenti a ulteriori istituti a cui il legislatore sembrava aver pensato, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, I, Utet, Torino, 1933, p. 687 ss., in particolare pp. 689 e 690.

[138] M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 472.

le introduttive dell'inciso finale, cioè «ogni qualvolta», non possono pertanto essere lette come a voler alludere a una mera eventualità dell'esistenza di effetti giuridici dipendenti dalla distinzione.

Altra ragione per verificare se il fatto sia commesso con dolo o con colpa è connessa al rilievo, condiviso da buona parte della dottrina, secondo cui, talvolta, la particolare conformazione di una contravvenzione può condurre a ritenerla punibile soltanto a titolo di dolo o solo per colpa, in parziale deroga alla previsione dell'art. 42, comma 4, c.p.[139]; deroga evidentemente meno insidiosa di altre, almeno rispetto alle istanze di garanzia del principio di legalità, poiché si tratta, qui, di comprimere e non già di allargare l'area della punibilità.

Tra i casi individuati, vi sono, ad esempio, quelli in cui la norma incriminatrice contiene un riferimento esplicito alla colpa. Rispetto a tali ipotesi, talvolta si nota che la realizzazione dolosa dello stesso fatto integra gli estremi di un delitto, quindi l'esclusione della responsabilità dolosa per la contravvenzione sarebbe fondata su ragioni di ordine logico-sistematico oltre che letterale. Esempio ricorrente in tal senso, anche se non incontroverso, sarebbe quello della fattispecie prevista nell'art. 676 c.p., «Rovina di edifici o di altre costruzioni» (in relazione con l'art. 434 c.p., «Crollo di costruzioni o altri disastri dolosi»): «Chiunque ha avuto parte nel progetto o nei lavori concernenti un edificio o un'altra costruzione, che poi, per sua colpa, rovini, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 154 a 929» (comma 1). «Se dal fatto è derivato pericolo alle persone, la pena è dell'arresto fino a sei mesi ovvero dell'ammenda non inferiore ad euro 309» (comma 2)[140].

---

[139] In questo senso, oltre a M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 431, ad esempio, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 553; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 363 e 364.

[140] In argomento, anche con note critiche (e per i relativi riferimenti bibliografici) rispetto alla qualificazione indicata nel testo, G. Marinucci, voce *Crollo di costruzioni*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 410 ss.; S. Riondato, voce *Rovina di edifici e omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 169 e 170.

Tra le altre ipotesi esemplificative più di frequente richiamate, la contravvenzione di cui all'art. 712 c.p., «Acquisto di cose di sospetta provenienza», più spesso indicata (non senza suggestione espressiva nel tratteggiarne una fisionomia colpo-

Viene invece solitamente riconosciuta natura esclusivamente dolosa, ad esempio, alla contravvenzione tipizzata nell'art. 660 c.p., «Molestia o disturbo alle persone»: «Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 516»[141].

Prima della sua depenalizzazione tramite il d.lgs. n. 8 del 2016, si tendeva a qualificare come dolosa anche la fattispecie (originariamente) contravvenzionale del successivo art. 661 c.p., rubricato «Abuso della credulità popolare»: «Chiunque, pubblicamente, cerca con qualsiasi impostura, anche gratuitamente, di abusare della credulità popolare è punito, se dal fatto può derivare un turbamento dell'ordine pubblico, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 1032 [ora con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5000 a euro 15.000]». Qui, la "colorazione" finalistica della condotta non lascia molti dubbi sulla natura esclusivamente dolosa della sua imputazione. È però interessante notare come, rispetto ad altri elementi dell'illecito, in particolare la pubblicità e il pericolo di turbamento dell'ordine pubblico, parte della dottrina abbia ritenuto sufficiente la colpa[142]. Ciò ha evidentemente l'implicazione di connotare la fattispecie in esame come un'ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso stretto, nella quale, appunto, l'addebito

---

sa) come «incauto acquisto», considerandone in particolare il rapporto con il delitto (indubbiamente doloso) di ricettazione di cui all'art. 648 c.p.: così, A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., p. 399. Per un'autorevole presa di posizione giurisprudenziale in merito alla relazione tra tali reati e alle rispettive peculiarità quanto all'imputazione colpevole, Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2009, n. 12433, cit.

[141] G.M. Flick, voce *Molestia o disturbo alle persone*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 722 e 723.

[142] In questo senso, si vedano, ad esempio, M. L'Insalata, *Art. 661*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XI, Torino, Utet, 2012, p. 126; F. Basile, *Art. 661*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, 4ª ed., III, Assago, Wolters Kluwer, 2015, p. 1473. In argomento, si veda anche G. de Vero, voce *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose (Contravvenzioni)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 85, che richiama dottrina risalente in favore della superfluità del dolo rispetto al pericolo di turbamento dell'ordine pubblico come implicazione dell'inquadramento dello stesso elemento dell'illecito quale condizione obiettiva di punibilità.

doloso di parte del reato convive con quello (potenzialmente) colposo di una quota diversa di elementi.

Esistono dunque tanto contravvenzioni solo colpose quanto solo dolose oppure ancora miste.

In dottrina, non mancano però autorevoli posizioni all'apparenza più radicali, che, di fatto, sembrano non assegnare particolare rilievo a questi casi eccentrici rispetto alla disciplina generale di imputazione fondata sull'art. 42, comma 4, c.p. Si giunge così ad affermare, in modo netto, che «nelle singole norme incriminatrici di contravvenzioni noi – a differenza dei delitti colposi – non troveremo mai la menzione della punibilità né a titolo doloso né a titolo colposo, essendo peraltro certo che le contravvenzioni sono previste e punite per entrambi i titoli soggettivi»[143].

La questione relativa all'effettiva legittimazione e plausibilità concreta di eccezioni rispetto alla regola dell'indifferenza tra dolo e colpa nell'ambito delle contravvenzioni stimola a guardare con particolare attenzione alla struttura del singolo illecito contravvenzionale. Questo approccio, se generalizzato, è di vero aiuto per mettere a fuoco la *ratio* della regola di cui si tratta.

Come già accennato affrontando la diversa disciplina che prevede l'ordinaria imputazione dolosa nell'ambito dei delitti, non è guardando a indici di gravità assoluta del reato che si può trovare una chiave di lettura decisiva per giustificare l'apertura, in termini di punibilità, alla colpa. Cioè, se una simile logica può forse rappresentare per i delitti un indice orientativo in grado di implementare in modo soddisfacente istanze di proporzione e di sussidiarietà nella tutela del bene giuridico, non se ne può comunque ricavare, quantomeno deduttivamente, *de iure condito*, un criterio di ordinaria validità in sede penale, non trovando esso significativo riscontro nel campo delle contravvenzioni[144].

---

[143] F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., p. 281.

[144] T. Padovani, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Il diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 453 ss., in cui si relativizza il carattere differenziale (tra delitti e contravvenzioni) assegnabile a indici più quantitativi che qualitativi, come la gravità del reato e della pena: «se è vero che la contravvenzione può essere meno grave del delitto (la pena dell'ammenda è certo la più tenue della nostra scala penale), è anche vero che la contravvenzione

Del resto, più coerente con un approccio attento al dettaglio strutturale è anche la constatazione (di sistema o, quantomeno, "microsistema") che alcuni delitti contro la persona stimabili forse in termini di gravità intermedia – in questo senso almeno indizierebbe il raffronto edittale dei rispettivi fatti di base – tra l'omicidio e le lesioni (gli archetipi della punibilità "a doppio titolo") dolosi sono sprovvisti di una corrispondente versione colposa (ad esempio, la violenza sessuale, in cui l'imputazione colposa è estranea agli elementi di tipicità del fatto di base)[145]. Non sono rari i casi in cui, nella formulazione di un delitto, si incontrano particolari profili modali della condotta tipica o un dolo specifico[146], oppure ancora elementi che sembrano comunque individuare un fenomeno criminoso di cui è inconcepibile una strutturazione (talvolta anche solo parzialmente) colposa.

La dottrina che ha studiato da vicino l'universo delle contravvenzioni e dei reati "artificiali" in genere (a cui esse vengono per lo più ricondotte) è pervenuta con diffusa concordia a ravvisare una tendenziale carenza di pregnanza materiale dell'illecito penale "minore". Questa impressione, maturata soprattutto deduttivamente, osservando le differenze nel passaggio dalle previsioni del libro II a quelle del libro III del codice Rocco[147] – ma trattasi di una costan-

---

può essere ben più grave di un delitto: tre anni di arresto sono certo superiori rispetto ad una multa anche pesante o alla reclusione di minor durata. In termini di pena, se la contravvenzione tocca più in basso del delitto, e non giunge mai ai suoi vertici, può tuttavia attingere livelli mediani più consistenti: essa *può* dunque essere meno grave, ma non lo è necessariamente» (p. 453); Id., voce *Delitti e contravvenzioni*, cit., pp. 328 e 329.

[145] Come si avrà modo di vedere dettagliatamente, l'imputazione colposa trova comunque spazio pure nell'ambito dei delitti "sessuali", ancorché con riferimento a fattispecie diverse da quella dell'art. 609-*bis* c.p.

[146] Sulla problematica coesistenza di un dolo specifico con la colpa, la quale dovrebbe comunque essere riferita a un diverso segmento dell'illecito, si tornerà nelle pagine proprio a ciò dedicate nell'ambito dell'analisi delle implicazioni della disciplina vigente in tema di *ignorantia aetatis* nei delitti "sessuali" e in quelli contro la personalità individuale.

[147] Un'attendibile "mappatura" dei reati, in particolare delle contravvenzioni, non sembra comunque poter prescindere da uno sguardo alla legislazione complementare, ove, come è ben noto, sono disseminate molte più contravvenzioni di quante ne preveda il libro III del codice penale vigente. Nella direzione di rendere comunque il codice penale sempre più il testo di riferimento ove reperire i reati più significativi, si veda la recente l. 23 giugno 2017, n. 103, che all'art. 1, c. 85, lett.

te che si ripete già da prima del codice vigente ed è sostanzialmente apprezzabile nell'"evoluzione" dallo Stato liberale, a quello totalitario e, infine, a quello sociale conformato alla Costituzione repubblicana[148] – finisce per tradursi in una povertà dei referenti fattuali per l'imputazione colpevole, la quale viene dunque ad atteggiarsi in termini del tutto peculiari e ciò – sembra potersi leggere tra le righe – a prescindere da una regola come quella dell'art. 42, comma 4, c.p., che non farebbe altro che mettere a punto poco più che un mero adeguamento della disciplina normativa alla *Natur der Sache*[149].

---

q, prevede una delega al Governo per la «attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato». Su tale «riserva di codice», si vedano, in particolare, E.M. Ambrosetti, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *disCrimen*, 5 novembre 2018; A. Cadoppi, *Art. 3 bis*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 102 ss.; M. Donini, *L'art. 3* bis *c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 429 ss.; M. Papa, *Dal codice penale "scheumorfico" alle* playlist. *Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, p. 129 ss.; A. Fiorella, *La codificazione penale in Italia e le sue prospettive di riforma*, in *Arch. Pen.*, 2019, n. 2 (web), in particolare p. 6 ss.; C. Ruga Riva, *Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1/2019, p. 206 ss.; L. Stortoni, *Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 384 e 385, nel contesto di una riflessione più ampia su «*legislazione "*alluvionale*" e progetti di ricodificazione*»; C.E. Paliero, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica* versus *deontica realistica*, in *disCrimen*, 9 marzo 2020.

[148] In questo senso, A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., in particolare p. 134.

[149] Proprio questa logica sembra riflettersi nella relazione del Guardasigilli anche quando si afferma che porre normativamente un criterio "formale" come quello dell'art. 39 c.p. rappresenta un'opzione legislativa volta a soddisfare esigenze pragmatiche – indicando «il criterio più sicuro» – ma non significa «disconoscere la diversità ontologica delle due categorie di reato, né rinunciare a classificare i fat-

Precisando il discorso, si può osservare come, quantomeno a partire dalla ("matrice" costituita dalla) tradizionale distinzione d'impronta giusnaturalistica tra *mala in se* e *mala quia vetita*, l'evolversi della cultura giuridica penalistica non abbia praticamente mai smesso di riproporre classificazioni dei reati sulla base di indici più sostanziali che meramente formali, anche a prescindere da talune più o meno marcate venature di carattere etico-morale o sociologico[150].

Nel panorama dottrinale italiano, tra le più compiute classificazioni dei reati attente alle note "identitarie" delle contravvenzioni, a ben vedere opportunamente messe a fuoco con costante riferimento alla disciplina positiva prevista dal codice vigente, si può richiamare quella di Tullio Padovani[151].

---

ti antigiuridici nell'una o nell'altra categoria, secondo il loro sostanziale carattere»: *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit., p. 82.

[150] Si vedano, in particolare, le considerazioni di T. Padovani, *Il binomio irriducibile*, cit., p. 421 ss.; M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., in particolare pp. 51 e 103 ss.; A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., *passim*, ai quali si rinvia per ricchi riferimenti storici e comparatistici.

Una concezione sostanziale dei due tipi di reato previsti nel nostro ordinamento non è rimasta del tutto estranea nemmeno alla giurisprudenza, che si è spinta a estremizzarla persino oltre i limiti legali dell'art. 39, cioè qualificando come contravvenzione un fatto presidiato dalla sanzione pecuniaria per i delitti (la multa), in ragione di alcuni indici strutturali e di disciplina di "natura" contravvenzionale (ad esempio, la punibilità per colpa e la possibilità di ricorrere all'oblazione): Cass. pen., Sez. III, 1° agosto 1956, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 68 ss., con nota parzialmente adesiva di C. Pedrazzi, *Ontologia fuori luogo (A proposito di una contravvenzione punita con la multa)*, p. 68 ss. Già prima, in termini analoghi sullo stesso reato, G.D. Pisapia, *Omesso versamento di contributi Ina-casa: delitto o contravvenzione?*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 619 ss., in particolare p. 624 ss.

In argomento, si veda ancora T. Padovani, voce *Delitti e contravvenzioni*, cit., p. 328, il quale, pur supportando l'idea di una differenza (anche) sostanziale tra delitti e contravvenzioni, ritiene che «l'interprete non ha oggi alcuna possibilità di contestare il dato formale, al quale, in sede applicativa, deve piegarsi perinde ac cadaver». All'indomani dell'entrata in vigore del codice Rocco, nel senso della necessità di non trascurare un «criterio differenziale ontologico», perché – si è detto allora – «ha tuttora interesse, non soltanto scientifico, ma anche pratico, specialmente rispetto a quelle leggi speciali posteriori al codice penale che non abbiano seguito le direttive di esso», V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, I, cit., p. 541.

[151] T. Padovani, *Il binomio irriducibile*, cit., p. 453 ss.; Id., voce *Delitti e contravvenzioni*, cit., p. 321 ss.

Nell'impostazione di questa autorevole dottrina, i reati contravvenzionali sarebbero essenzialmente riconducibili a due poli (a cui si aggiungerebbe una categoria concepita come meramente «residuale»): da un lato, vi sarebbero gli illeciti tipizzati in «norme a carattere preventivo-cautelare, vòlte alla tutela anticipata, nelle forme del pericolo indiretto, di beni giuridici (solitamente rappresentati dalla vita, dall'integrità fisica o dall'incolumità pubblica) altrimenti tutelati sul piano della lesione o del pericolo diretto»; dall'altro lato, potrebbero osservarsi «norme concernenti la disciplina di attività soggette a un potere amministrativo, in vista del perseguimento di uno scopo di pubblico interesse»[152].

La radicale differenza rispetto ai delitti affiora anche in altri termini: «Molto sinteticamente, si può affermare che i due gruppi di norme a carattere contravvenzionale non tutelano interessi, ma funzioni»[153]; funzioni a cui non sarebbero del tutto estranei interessi, presi in considerazione per lo più in una dimensione relazionale, talvolta proprio conflittuale, richiedendo una mediazione (normalmente della pubblica amministrazione) che la norma penale incriminatrice difficilmente può compiere integralmente[154].

---

[152] T. Padovani, *Il binomio irriducibile*, cit., pp. 450 e 452, ove l'Autore indica non poche esemplificazioni di contravvenzioni riconducibili alle diverse categorie; Id., voce *Delitti e contravvenzioni*, cit., p. 329.

[153] T. Padovani, voce *Delitti e contravvenzioni*, cit., p. 330. In argomento – ma sul bene giuridico, più in generale, la letteratura è notoriamente vastissima – diffusamente anche Id., *Tutela di beni e di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 670 ss.; S. Moccia, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.; G. Cocco, *Beni giuridici funzionali* versus *bene giuridico personalistico*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 167 ss.; L. Cornacchia, *Tutela di beni giuridici* versus *tutela di norme*, in S. Vinciguerra, F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., p. 217 ss.

[154] Sembra rappresentare una sintesi di entrambe le tipologie principali di contravvenzioni individuate nell'impostazione richiamata nel testo l'illecito di cui all'art. 678 c.p. («Fabbricazione o commercio abusivi di materie esplodenti»), che appunto incentra il disvalore penale del fatto sia sull'assenza di un provvedimento formale di legittimazione che, alternativamente, sull'omissione di cautele che incidono, ancorché indirettamente, su interessi primari: «Chiunque, senza la licenza dell'autorità o senza le prescritte cautele, fabbrica o introduce nello Stato, ovvero tiene in deposito o vende o trasporta materie esplodenti o sostanze destinate alla

Parlare di «binomio irriducibile», in questa prospettiva, è possibile non già in omaggio a un approccio ciecamente "ontologistico" (di impronta giusnaturalistica), ma verificando costantemente l'assunto alla luce della disciplina differenziata prevista dal sistema vigente: «la risposta al perché le contravvenzioni sono tali può dipendere soltanto dal rapporto tra i contenuti della categoria e la sua disciplina normativa, cioè da un *concetto funzionale* di contravvenzione vòlto a stabilire il senso della qualificazione sulla base dei nessi ravvisabili tra i gruppi di fattispecie e la regolamentazione specifica e peculiare per essi adottata. Nei limiti in cui tra contenuti normativi materiali e forme giuridiche della loro disciplina sussista una corrispondenza logicamente fondata, risulterà non meno fondata l'esistenza di un'area contravvenzionale»[155].

Questo rapporto, che si potrebbe forse definire di *convalida reciproca* tra struttura dell'illecito e relativa disciplina, conduce a registrare una diversità di trattamento delle contravvenzioni rispetto ai delitti a vario titolo: si pensi, ad esempio, anche all'istituto del tentativo, ritenuto dai più inopportunamente relazionabile a fattispecie di pericolo astratto, quali spesso sono le contravvenzioni[156].

Al di là del fatto che l'impostazione presa finora in esame sia integralmente condivisibile o meno, essa converge con altri studi sulla stessa materia nel mettere a fuoco le ragioni più concrete della regola dell'art. 42, comma 4, c.p., essendo appunto con riferimento all'imputazione colpevole del fatto contravvenzionale che la dottrina ha posto soprattutto l'accento, al fine di evidenziare le peculiarità che emergono rispetto ai delitti[157].

---

composizione o alla fabbricazione di esse, è punito con l'arresto fino a diciotto mesi e con l'ammenda fino a euro 247».

[155] T. Padovani, *Il binomio irriducibile*, cit., p. 456.

[156] *Ibidem*, p. 454 e, soprattutto, p. 460, ove si argomenta appunto in merito alla tendenziale inconciliabilità tra tentativo e i diversi tipi di contravvenzione, ravvisando un'astratta compatibilità solo con riferimento alla categoria indicata come «residuale» (diversa cioè dalle due principali), che del resto esprime di meno o per nulla i caratteri della contravvenzione nella prospettiva dello stesso Autore.

[157] Tra i non pochi contributi in argomento, F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, il Mulino, 1990, in particolare pp. 21 ss. e 78 ss., che si riferisce, più precisamente, all'«illecito di mera trasgressione»; M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 158; A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., p. 99; G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., p. 355 ss.

Le contravvenzioni in molti casi si risolvono in illeciti di mera condotta – a ben vedere, un riferimento all'evento manca anche nel testo dell'art. 42, comma 4, c.p., mentre spicca la menzione della condotta[158] – non di rado in forma omissiva[159], in cui vi è assai spesso una neutralità assiologica del mero fatto, se considerato a prescindere dalla sua valutazione normativa. Il conseguente meccanismo di impoverimento della "scala dei colori" dell'imputazione colpevole è stato già ampiamente messo in luce dalla dottrina al punto che pare bastevole qui richiamarne i passaggi salienti.

In questa tipologia di illeciti, l'imputazione colpevole trova il proprio baricentro nella *suitas* e nella conoscibilità del "precetto" che vieta la condotta posta in essere. Una volta tenuto volontariamente il comportamento quanto ai suoi profili di materialità, se la tipicità non ha referenti fattuali pregnanti in termini di disvalore[160], vi è un "salto" che porta direttamente al riconoscimento del dolo; ciò pure dopo la rilettura dell'art. 5 c.p. da parte della Corte costituzionale, che, appunto, conduce anche oggi (pur nello sfondo di un

---

[158] In termini diffusamente critici sul modello contravvenzionale, in particolare per la frequente mancanza dell'evento, con conseguente evaporazione di diverse garanzie anche in tema di imputazione colpevole, N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., pp. 313 ss. e 318, ove, al fine di ottenere un guadagno soprattutto sul piano dell'offensività dell'illecito penale, si sottoscrive la «felice intuizione» nel senso di una «ristrutturazione delle contravvenzioni in chiave o di depenalizzazione ovvero di trasformazione in fattispecie delittuose»: F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, Utet, 1973, p. 87.

[159] Tra gli studi sui reati omissivi che più considerano i profili problematici dell'imputazione colpevole, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, II, cit., p. 933 ss.; V. Militello, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 979 ss.

[160] Quando, ad esempio, l'illecito consiste nell'esercizio di una determinata attività in assenza della necessaria autorizzazione (in senso lato), si può constatare come tale attività non solo sia normalmente di per sé non illecita, ma potrebbe talvolta risultare persino incentivata dall'ordinamento in varia misura (sullo sfondo dell'art. 41 Cost.). In questi casi è lampante che il disvalore penale del comportamento del soggetto fa perno unicamente su referenti normativi, che, però, vengono puntualmente sottratti all'oggetto del dolo, sottoponendoli alla disciplina dell'art. 5 c.p. In argomento, si veda, in particolare M. Mantovani, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, Giappichelli, 2003, specialmente p. 156 ss., ove il discorso è peraltro sviluppato alla luce delle indicazioni della nota circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/4.6. («Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali»).

importante guadagno in termini di garanzie) a ravvisare comunque sussistente il dolo a prescindere (non già dalla percepibilità, ma) da una effettiva percezione dell'illiceità penale del fatto commesso, secondo i ben noti schemi della *Schuldtheorie*.

L'intuizione comune ai vari studi in argomento, pur declinata in termini diversi *de iure condito*, è che, spesso, solo la conoscenza della norma penale che incrimina la condotta tenuta potrebbe rappresentare un indice di dominio pieno ed effettivo del fatto paragonabile al dolo che si può ravvisare nei delitti, ove alla conoscenza della legge penale si può normalmente rinunciare, in ragione della maggior pregnanza del fatto, senza che venga meno il riscontro di un comportamento ben più riconoscibilmente riprovevole[161]. Quasi solo incidendo sull'oggetto del dolo, accogliendo cioè la *Vorsatztheorie*[162], dunque, si potrebbe concepire anche per le contravvenzioni

[161] Sul punto, peraltro assai spesso in termini estesi all'intero universo dei c.d. reati artificiali, ad esempio, F. Palazzo, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 222 ss.; D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 549 ss.; M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., *passim*; A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., p. 185 ss.; di recente, M. Lanzi, Error iuris *e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 235 ss.; G. Rotolo, *'Riconoscibilità' del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 160 ss.

In merito alla declinazione del tema con particolare riferimento ai «reati omissivi propri a struttura semplice», oltre a buona parte degli Autori appena richiamati, F. Bricola, *Dolus in re ipsa*, cit., in particolare p. 131 ss. (per l'espressione tra virgolette, riferita agli illeciti che «si esauriscono nel puro e semplice atto della trasgressione, senza la presenza di ulteriori circostanze o modalità di commissione del fatto», p. 132, compresa la nota 162), che illustra la possibilità, già concepita dalla dottrina precedente, di «un limite implicito che l'art. 43 I com. pone al principio dell'art. 5 c.p.» (p. 134). In termini anche più generali, sui reati omissivi propri, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, II, cit., pp. 939 ss., 978 ss. e 1254 s. Nella manualistica, si veda A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., p. 377, il quale ritiene necessariamente già operativa, per i reati omissivi propri, una «parziale deroga» all'art. 5 c.p.

[162] Una soluzione di compromesso (non tanto indirizzata a differenziare il dolo dalla colpa nelle contravvenzioni, quanto più che altro a rendere un minimo flessibile, in quel settore, la regola ricavabile dalla formulazione testuale dell'art. 5 c.p., evitando così imputazioni incolpevoli) è stata in passato concepita soprattutto dalla giurisprudenza ricorrendo alla valorizzazione della «buona fede» del cittadino che commetteva il fatto illecito incorrendo in un errore (direttamente o indirettamente) sulla legge penale per aver fatto affidamento su indicazioni provenienti a vario titolo da fonti qualificate. In argomento, tra i contributi più recenti, M. Lanzi,

un sistema di imputazione colpevole come quello previsto per i delitti, perché, allora, l'imputazione dolosa, in un certo senso, "slitterebbe" in avanti, riaprendo così spazi autonomi per la colpa e rendendo più plausibile rispetto a oggi anche la previsione di separate cornici edittali.

Questo tipo di interrelazione tra fatto e colpevolezza è stato studiato anche al di fuori dell'ambito dei reati puniti con l'arresto o con l'ammenda. Quando si parla di «delitto contravvenzionale»[163], si allude infatti a un illecito classificato in termini delittuosi ma che ricalca le note strutturali delle contravvenzioni che Padovani riconduce ai due poli principali; mentre nella categoria definita «residuale» sarebbero ricompresi i «delitti nani»[164], cioè quegli illeciti talvolta solo dolosi o solo colposi, in cui il criterio di imputazione colpevole torna a essere più definito, e che, *de iure condendo*, sempre nella prospettiva in menzione, potrebbero essere collocati tanto nell'ambito dei delitti quanto – la contraddizione è forse solo apparente, data l'eterogeneità delle fattispecie interessate – nella categoria ulteriormente

---

Error iuris *e sistema penale*, cit., p. 45 ss., a cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti dottrinali.

Il tema è oggi sostanzialmente assorbito dall'introduzione della scusabilità dell'ignoranza inevitabile della legge penale da parte della fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, ancorché proprio la «buona fede» nelle contravvenzioni trovi tuttora menzioni esplicite in giurisprudenza: tra le pronunce degli ultimi anni, Cass. pen., Sez. I, 15 luglio 2015, n. 47712, in *Cass. pen.*, 2016, 3708: «La buona fede, che esclude nei reati contravvenzionali l'elemento soggettivo, ben può essere determinata da un fattore positivo esterno ricollegabile ad un comportamento della autorità amministrativa deputata alla tutela dell'interesse protetto dalla norma, idoneo a determinare nel soggetto agente uno scusabile convincimento della liceità della condotta (Fattispecie nella quale la Corte annullava senza rinvio la sentenza di condanna dell'imputato, che, nel denunziare l'arma ereditata dal padre, non aveva indicato le munizioni in suo possesso, in ciò indotto da una nota dell'ufficio di p.s., che esentava dall'obbligo anzidetto sino ad un limite di 200 munizioni)».

[163] Fondamentale, su questa tematica, M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit. Sempre a livello monografico, si veda anche A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit.

[164] Si veda T. Padovani, *Il binomio irriducibile*, cit., p. 441, compresa la nota 65, che dà conto di come la paternità dell'espressione sia attribuibile a Enrico Ferri, tra i più significativi esponenti della Scuola positiva, la quale tendeva (ancorché non senza sfumature) a riconoscere una diversità solo quantitativa (in termini di gravità) tra delitti e contravvenzioni, così da non alimentare fratture nel *continuum* della prevenzione, posta a fondamento dell'intero sistema penale.

residuale degli illeciti amministrativi dal "*penal flavour*", cioè quelli disciplinati dalla l. 24 novembre 1981 n. 689[165].

Si noti, qui, per inciso, che l'art. 3, comma 1, della l. 24 novembre 1981 n. 689, prevede una regola praticamente identica a quella dell'art. 42, comma 4, c.p.: «Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa». Anche alla luce di ciò, la trasformazione dell'illecito penale in illecito amministrativo può considerarsi ordinariamente meno "distonica", dal punto di vista della corrispondenza tra struttura e disciplina, quando riguarda una contravvenzione piuttosto che un delitto[166].

All'esito di questa particolare analisi, occorre chiedersi cosa si possa ricavare ai fini dell'indagine che si sta conducendo. Non sfugge come il linguaggio del codice riproponga, in relazione alle contravvenzioni, quella prospettiva "monolitica" che, come si è notato per i delitti, contempla l'illecito penale in una rigida alternativa tra «doloso» e «colposo» (o, al limite, ma solo per i delitti, «preterintenzionale»): *ex* art. 42, comma 4 (e, indirettamente, anche *ex* art. 43, comma 2) c.p., appunto, la contravvenzione assume rilievo, come già detto, «sia essa dolosa o colposa». La regola sull'imputazione colpevole indifferenziata, però, non pare proprio precludere, in concreto, un'imputazione colpevole differenziata – il gioco di parole è quanto mai voluto – che cioè qui conduca a un affiancamento di dolo e colpa con riferimento anche solo al fatto tipico, senza spin-

---

[165] *Ibidem*, p. 462.

[166] Rispetto agli illeciti amministrativi ora considerati, si veda, infatti, M. Donini, *Teoria del reato*, cit., p. 59 ss., il quale evidenzia come si incontrino gli stessi limiti alla valorizzazione delle differenze tra dolo e colpa finora riscontrati con riferimento alle contravvenzioni.

Va comunque tenuto presente che non è possibile riscontrare un automatico miglioramento delle condizioni afflittive in caso di depenalizzazione, come vi è stato modo di tornare a constatare anche di recente, in particolare riflettendo su Corte cost., 25 ottobre 2018, n. 223, accessibile da *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2018, con commento di G.L. Gatta, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*. Sulla stessa sentenza, si veda anche Fr. Mazzacuva, *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2591 ss.

gersi a considerare i profili di conoscenza o conoscibilità della legge penale. Se basta in generale la colpa per ogni elemento costitutivo del reato, ciò non esclude la possibilità di riscontrare il dolo o comunque i suoi tratti distintivi in relazione a taluni elementi. Piuttosto, quanto considerato finora porta a ritenere che la preclusione possa provenire dalla particolare struttura della singola contravvenzione ed è proprio ciò che, in definitiva, nella prospettiva del legislatore sembra giustificare anche la rinuncia alla previsione di cornici edittali differenziate.

In relazione alle contravvenzioni in cui è possibile distinguere nitidamente tra dolo e colpa in concreto, le diverse manifestazioni (ed eventualmente combinazioni) di colpevolezza potranno oggi essere apprezzate dal giudice praticamente solo *ex* art. 133, comma 1, n. 3, c.p.[167]. Sull'adeguatezza (in termini di sufficienza) di una simile soluzione ci sarà modo di esprimersi compiutamente (solo) in seguito, anche se appaiono già chiari gli interrogativi che l'indagine fin qui condotta suggerisce: in relazione alle contravvenzioni in cui è possibile distinguere tra realizzazione dolosa e realizzazione colposa (o magari mista), tali diverse "forme di manifestazione" della colpevolezza presentano peculiarità davvero significative in termini di disvalore penale? Sarebbe realmente giustificata, a livello di sistema, l'individuazione di una soluzione alternativa a quella attuale e che dovrebbe però forse valere per pochi casi? Tale soluzione dovrebbe prevedere dei meccanismi sanzionatori volti a valorizzare di più il coefficiente di colpevolezza effettivo nella realizzazione del reato? Dovrebbe coinvolgere anche la disciplina di altri istituti?

[167] Sull'ipotesi di ricorrere anche all'applicazione dell'art. 62-*bis* c.p. per dar conto, sul piano sanzionatorio, dell'effettiva colpevolezza espressa dal soggetto agente, si veda il punto 24 del «Considerato in diritto» di Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, cit., che non manca però di denunciare la debolezza della soluzione; tale a maggior ragione nei casi di carenza della colpevolezza per impossibilità di conoscere la legge penale.

Capitolo II

LO STATUTO COSTITUZIONALE DELL'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA

1. *I rapporti tra il principio di legalità e quello di colpevolezza*

In questa ricognizione selettiva in merito a quella che qui si è definita «legalità della colpevolezza» – ricognizione che ha più che altro il fine di mettere a fuoco lo sfondo giuridico entro il quale va compiuto il primo sforzo di comprensione del tema dell'imputazione colpevole differenziata – non si può trascurare l'analisi delle indicazioni della Costituzione.

Analogamente alla verifica di compatibilità con la legge di una particolare ipotesi applicativa oppure di una data costruzione teorica, la legge stessa va considerata con riferimento alle disposizioni della Carta fondamentale, in modo da vagliarne, appunto, la legittimità costituzionale. Questo percorso a più livelli di "conformazione"[1]

[1] Mantenere chiaro, sul piano concettuale, il riferimento a una pluralità di livelli dovrebbe consentire di limitare quel salto logico consistente nella valutazione della plausibilità di una soluzione giuridica direttamente con riferimento ai principi (o a valori, che rendono particolarmente arbitrario il giudizio) eludendo il fondamentale "filtro" della (stessa) norma positiva da applicare. Tale metodologia, che appiattisce la legalità schiacciandola tutta sul piano della conformità a Costituzione o ad altri principi di rango sovraordinato alla legge, farebbe affacciare «gli incubi del neocostituzionalismo»: così G. Insolera, *Oltre il giardino*, in *Ind. pen.*, 2018, p. 7, che riprende l'analisi, basata sulla nota terminologia hartiana (che contrappone «nobile sogno» e «incubo» dell'interpretazione), di G. Itzcovich, *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, p. 106.

dell'imputazione colpevole ruota evidentemente soprattutto – ma non solo, come si dirà più avanti, ad esempio affrontando le esigenze di ragionevolezza che la disciplina deve rispettare – intorno ai poli (intesi come matrici di principi) costituzionali della legalità *ex* art. 25 Cost. e della personalità della responsabilità penale *ex* art. 27 Cost.

Quanto alle norme codicistiche, va riconosciuto che l'impianto originario del 1930 dava già significativo riconoscimento a istanze di legalità[2], peraltro coerenti con lo spirito autoritario del contesto politico dell'epoca, che nella legge vedeva pur sempre un'espressione del potere statuale; espressione la cui "verticalità" e forza vincolante veniva certo rafforzata dalla rigida formulazione dell'art. 5 c.p.

Decisamente meno solido era il sistema di norme codicistiche relative all'imputazione del reato con riferimento alle garanzie della colpevolezza. Vero è che ruolo centrale veniva comunque assegnato al dolo e alla colpa con riferimento a quello che può considerarsi (secondo una terminologia più diffusa oggi) il nucleo di tipicità del reato, ma le aperture esplicite oppure surrettiziamente avallate in sede applicativa ai più vari volti della responsabilità oggettiva, quando non per fatto altrui (o addirittura nemmeno per il fatto ma in base al tipo di autore), finivano per restituire l'immagine di un sistema in grado di tollerare penetranti ferite al principio personalistico[3].

In seguito, il riferimento testuale dell'art. 27, comma 1, Cost., ha senz'altro agevolato il percorso di riconoscimento delle garanzie sottese al principio personalistico, anche se, fino al 1988, la giurisprudenza costituzionale ne privilegiava, come è ben noto, una lettura riduttiva, limitata al significato minimo di divieto di responsabilità per fatto altrui[4].

---

[2] Piuttosto eloquente pare il fatto che il *nullum crimen, nulla poena sine lege* si trovi scolpito già in apertura del codice penale, all'art. 1, rubricato «Reati e pene: disposizione espressa di legge»; principio subito arricchito dalle essenziali garanzie di irretroattività previste nel successivo art. 2 c.p., dedicato alla disciplina della «Successione di leggi penali».

[3] Si veda, ad esempio, E. Dolcini, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 866, che vede il principio di colpevolezza «sistematicamente contraddetto nel codice del 1930: è contraddetto nella disciplina di quasi tutti gli istituti nei quali era pensabile, a quell'epoca, la configurazione di forme di responsabilità incolpevole».

[4] Sull'evoluzione delle posizioni della Corte costituzionale riguardo al principio di colpevolezza, ad esempio, M. Donini, L. Ramponi, *Il principio di colpevolez-*

Con la fondamentale pronuncia n. 364 del 1988, la Corte è arrivata finalmente a valorizzare più significativamente le potenzialità del principio personalistico, ponendo l'accento sulla necessità che il reato sia un fatto non solo proprio, ma anche colpevole: è il principio *nullum crimen sine culpa*, che ben sintetizza lo spirito della sentenza, ancor più che parlare di divieto assoluto di responsabilità oggettiva, a ben vedere non bandita completamente dal settore penale in quell'occasione, nonostante l'evidente incoerenza dell'assunto. Da allora, resosi a maggior ragione indiscutibile (almeno nei proclami) il divieto di responsabilità per fatto altrui, riferirsi alla personalità della responsabilità penale evoca più spesso un'attenzione per i profili di colpevolezza nella realizzazione del fatto (ancorché con riferimento non limitato alla sola tipicità), tanto che non è rara una certa promiscuità terminologica, nel senso che, potendo considerarsi la colpevolezza implicata dalla personalità, i relativi principi vengono spesso sovrapposti e richiamati indifferentemente per alludere alla stessa cosa[5]. In ogni caso, grazie alla svolta della Corte costituzionale, alla colpevolezza come categoria dogmatica, di più risalente tradizione e che tuttora mantiene la sua autonoma identità, si è così affiancata a pieno titolo la colpevolezza come principio costituzionale.

Per arrivare a metter a fuoco la *ratio* di garanzia di questo principio, la sentenza n. 364 del 1988 non solo promuove una ben nota lettura congiunta tra i commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost., per la quale non avrebbe senso alcuno la rieducazione in assenza di (quantomeno) una colpa, ma mette anche in relazione tale articolo con l'art. 25, comma 2, Cost., in una prospettiva di armonizzazione dei rapporti tra il "polo" della legalità e quello della personalità/colpevolezza, alla luce dell'intero impianto costituzionale, in cui l'individuo – la persona, appunto – ha una posizione centrale[6]. Del resto, non

---

za, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, cit., p. 291 ss.

[5] Per una distinzione tra responsabilità per fatto proprio, *nullum crimen, nulla poena sine culpa* e principio di colpevolezza, si veda M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1579 ss.

[6] Con questo carattere "personocentrico" della Carta costituzionale stride inevitabilmente il codice Rocco, il cui impianto di parte speciale, segnato da una

stupisce che questa prospettiva di sistema sia maturata in capo alla "Consulta" proprio pronunciandosi sull'art. 5 c.p., norma che si riferisce alla legge penale, evocando certo il piano della legalità, ma che poneva anche (se non soprattutto, in intima connessione) seri limiti all'imputazione colpevole.

Non è qui indispensabile né opportuno ripercorrere tutti i passaggi di questa sentenza, che a livello di notorietà probabilmente non ha pari nell'ambito della scienza penale italiana dell'epoca repubblicana. Ciò su cui si vuole soffermare l'attenzione è lo snodo in cui la Corte perviene a pronunciarsi sui nessi tra i due poli costituzionali di cui si sta parlando: «Per precisare ancor meglio l'indispensabilità della colpevolezza quale attuazione, nel sistema ordinario, delle direttive contenute nel sistema costituzionale vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata) ma anche che lo stesso sistema, allo scopo d'attuare compiutamente la funzione di garanzia assolta dal principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su "congrui" elementi subiettivi. La strutturale "ambiguità" della tecnica penalistica conduce il diritto penale ad essere insieme titolo idoneo d'intervento contro la criminalità e garanzia dei c.d. destinatari della legge penale. Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni

---

progressione «discendente» dei beni giuridici tutelati (per tutti, T. Padovani, L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 47 ss.; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, p. 39 ss.), mette al primo posto interessi dello Stato, riferendosi, quindi, all'uomo (inteso qui, ovviamente, come concetto di genere) tutt'al più in una dimensione collettiva e non individuale. Le garanzie penalistiche di derivazione illuministica sono invece concepite per l'individuo; certo, in linea di principio, per tutti gli individui, ma in ogni caso non per la collettività intesa, nella sua dimensione plurale, come massa più o meno indistinta di persone.

da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto. A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto»[7].

La conclusione del passaggio appena riportato è quella su cui, in particolare, si ritiene opportuno qui riflettere. Viene spontaneo interrogarsi se effettivamente possa apprezzarsi quasi una relazione di "continenza", come sembra lasciare intendere la Corte, tra il principio di colpevolezza e quello di legalità, nel senso che il primo sarebbe ricompreso nel secondo o comunque a esso riconducibile. La Corte non pare volersi sbilanciare in un'affermazione di principio con ambizione di validità assoluta, del tutto generalizzabile; fa riferimento alla specifica esigenza – precisando, infatti, «in questo senso» – della persona di poter orientare consapevolmente i propri compor-

[7] Punto 8 del «Considerato in diritto». In termini analoghi, rinviando esplicitamente al precedente del 1988, anche un'altra importante sentenza della Corte sul principio di colpevolezza, cioè la n. 322 dell'11 luglio 2007 (in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1461 ss., con commento di L. Risicato, *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris*: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, p. 1465 ss.; in *Fam. dir.*, 2007, p. 979 ss., con nota di P. Pittaro, *La Consulta introduce nei reati sessuali l'ignoranza inevitabile dell'età del minore*, p. 983 ss.; in *Cass. pen.*, 2008, p. 21 ss., con nota di G. Ariolli, *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale: un necessario contemperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli*, p. 30 ss.; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1340 ss., con nota di M. Vizzardi, *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*, p. 1351 ss.): «Il principio di colpevolezza partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, secondo comma, Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione (sentenza n. 364 del 1988), sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili» (punto 2.3 del «Considerato in diritto»).

tamenti in funzione di ciò che la legge prevede: ciò, però, a ben vedere, è proprio il cuore, il perno delle garanzie associabili alla legalità.

Da qui la sentenza sviluppa il principio di «riconoscibilità» della legge penale[8], teorizzato nelle stesse pagine in una prospettiva dichiaratamente contrattualistica, ma che da tale concezione dello Stato di diritto pare comunque astraibile.

Una delle più interessanti tendenze della dottrina penalistica contemporanea – italiana o continentale, beninteso; altrove, in particolare nel sistema di *common law*, si tratta di un tema più «classico»[9] – attenta anche, in parallelo, al valore da attribuire al precedente giudiziale e alle garanzie che potrebbero presidiarlo, è quella di concepire il tema della riconoscibilità della legge penale in una dimensione non meramente "statica", cioè attenta al solo dato positivo. Si sta sempre più valorizzando il versante "dinamico" della *law in action*[10], arrivando al fondo del discorso, cioè mettendo in luce (un aspetto da sempre noto, ma rimasto non di rado in secondo piano, ovvero) che la conoscibilità della legge penale è soprattutto funzionale a prevedere il segno della decisione giudiziale relativa a una determinata condotta. È la pronuncia del giudice ciò che, in fin

---

[8] In dottrina, per tutti, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2014, in particolare p. 54 ss.

[9] Si veda M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017, p. 78, il quale osserva come l'evoluzione del sistema di *common law*, ormai ampiamente «trasformato dalla legalità formale», faccia apparire «classico» agli occhi dei contemporanei *common lawyers* un tema che da noi, pur depurato da talune accentuazioni che geneticamente non ci appartengono, ha un sapore invece piuttosto contemporaneo. Nell'ambito della dottrina penalistica, in merito alla reciproca contaminazione diacronica dei due sistemi giuridici ora evocati, si vedano, in particolare, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 178 ss.; Id., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. IX, Assago, Utet, 2016, p. 414 ss., in particolare p. 415; V. Manes, "Common law-isation *del diritto penale"? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., p. 151 ss.

[10] L'utilizzo dell'espressione inglese non è casuale, dato il *copyright* storicamente riconoscibile al sistema di *common law* sul c.d. diritto penale giurisprudenziale. In argomento, ad esempio, A. Cadoppi, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., a partire da p. 415; F. Palazzo, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., p. 67 ss.

dei conti, attualizza la legge penale e quindi ciò che il consociato deve poter prevedere[11]. Ecco che da una logica in un certo senso retrospettiva, quella della riconoscibilità – l'etimologia qui svela l'idea di una constatazione di qualcosa che in qualche modo potrebbe essere già noto – della legge penale, si passa a porre l'accento sulla possibilità di prevedere un evento futuro.

Si potrebbe forse ritenere che la sostanza del discorso in realtà non sia mai cambiata veramente, sostenendosi che sia possibile al più ravvisare una mera variazione d'angolo prospettico. In fondo, la prevedibilità delle conseguenze (giuridiche) delle proprie azioni è proprio ciò che sta alla base anche della radicale idea di legalità tipica del giuspositivismo illuminista tramandata da Montesquieu, e, più vicino a noi, da Beccaria[12]. Si potrebbero poi ridimensionare gli aspetti di "novità" osservando anche come l'attenzione all'applicazione giudiziale sia comunque funzionale alla comprensione della fattispecie legalmente data, essendo una mera suggestione retorica (se non un vero errore di prospettiva) ciò che induce a parlare di prevedibilità della decisione giudiziale.

Per certi versi, dunque, si potrebbe persino dubitare che sia in piena azione un vero "terremoto culturale" nell'approccio alla legalità penale, ma – è innegabile – l'immagine del giudice *bouche de la loi* appare sempre più sbiadita, soprattutto alla luce degli spazi che sta prepotentemente guadagnando l'ermeneutica (anche) nel diritto penale[13]. La disposizione codicistica (o di altro testo normativo)

---

[11] Nel senso che la prevedibilità non dovrebbe intendersi come possibilità di preconoscere l'esatta soluzione in concreto adottata dalla singola decisione – condizionata fisiologicamente da una pluralità di fattori – bensì la qualificazione di una data condotta come penalmente rilevante, si veda M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 114 ss.

[12] Si vedano le nette parole di C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (a cura di G.D. Pisapia), (Livorno, 1764) Milano, Giuffrè, (ristampa) 1973, p. 18: «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta all'incertezza».

[13] La letteratura in argomento è già sconfinata e incessante. Tra i contributi più significativi per una decisa apertura all'ermeneutica, in particolare per la prospettiva multidisciplinare che esprime, M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011, in particolare p. 35 ss. Tra i punti di riferimento nella dottrina penalistica, O. Di Giovine, *L'interpreta-*

spesso non dà di per sé informazioni sufficienti per garantire al singolo una certezza quanto alla sussumibilità in essa di un determinato comportamento. Senza guardare a come è applicativamente (e, quindi, a monte, interpretativamente) orientata la giurisprudenza, si ha l'impressione di mettere a fuoco solo il perimetro più scontato (quando tale può essere) della fattispecie.

Nihil sub sole novum, si potrebbe però ancora obiettare, precisando che quello del perfetto sillogismo giudiziario è da sempre un mito irrealizzabile[14] e che sta giusto lentamente trasformandosi la nostra percezione di una realtà che finora non si voleva vedere o, quantomeno, non si voleva accettare.

I corollari del principio di legalità tendono sempre più a perdere dignità autonoma, ruotando intorno all'esigenza che la decisione giudiziale sia prevedibile. Così, mentre il principio di irretroattività, quantomeno in linea teorica, viene giocoforza fatto salvo perché più intimamente funzionale al soddisfacimento di tale esigenza[15], la ri-

---

zione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge, Milano, Giuffrè, 2006, di cui si vedano, in particolare, p. 265 ss., sulla difficile distinzione tra analogia e interpretazione estensiva. Per un contributo monografico volto invece a ribadire l'opportunità di non abbandonare i paradigmi più classici della legalità penale, R. Rampioni, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Padova, Cedam, 2007, in particolare p. 66 ss.

[14] Tra le varie critiche alla metafora del giudice mero applicatore della legge, è ben nota quella di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 9ª ed., Roma, Laterza, 2008, p. 10, che concepisce la retorica del perfetto sillogismo giudiziario come un'«illusione metafisica».

[15] Per certi versi, se ne potrebbe persino osservare un potenziamento o quantomeno un cambio di paradigma, dato che la valorizzazione del precedente giudiziale sembra contestualmente stimolare l'adozione di meccanismi protettivi dalla retroattività "occulta", come il *prospective overruling*, su cui, ampiamente, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., *passim*, in particolare, p. 316 ss.; inoltre, M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 166; V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 158 e 159; ancor più di recente, Fr. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 242 ss.

Tra i commenti più recenti della disciplina codicistica sulle dinamiche di retroattività, E.M. Ambrosetti, *Art. 2*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 70 ss.

Come è noto, la Corte costituzionale, con la sent. 8 ottobre 2012, n. 230 (ad esempio, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3440 ss., accompagnata da contributi di commen-

serva di legge classicamente intesa perde sempre più terreno subendo sollecitazioni su vari fronti, in particolare in ragione di una rivisitazione del sistema e della gerarchia delle fonti data dall'apertura al diritto sovranazionale, specie europeo (UE e CEDU), nonché a causa della rivendicazione fattuale da parte della giurisprudenza di un ruolo di quantomeno supplenza rispetto all'operato del legislatore[16]. La precisione o determinatezza[17] è nella realtà, forse da sempre, un carattere più ideale che effettivo della legge penale, un po' perché, "curiosamente", lo stesso concetto di determinatezza non è tra i più determinati, e complice anche la giurisprudenza costituzionale, che ha abituato a costanti "salvataggi" delle previsioni normative più oscure, talvolta facendo bastare la constatazione che il «diritto

to di studiosi di discipline "diverse": V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, p. 3474 ss.; O. Mazza, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, p. 3464 ss.; G.U. Rescigno, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della* lex mitior *in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, p. 3795 ss.), si è opposta all'idea di associare le garanzie della retroattività favorevole al mutamento giurisprudenziale in direzione limitativa della responsabilità penale, ribadendo una concezione della legalità saldamente ancorata alla legge.

[16] È sempre più in discussione il carattere rappresentativo del Parlamento e la effettiva funzionalità della riserva di legge rispetto all'esigenza di vicinanza della norma penale al «comune sentire sociale» (alle *Kulturnormen*) – la mente corre, ancora una volta, alla già menzionata (proprio sul punto) indagine di A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, I, cit., in particolare pp. 501 ss. e 673 ss.; per un'altra profonda analisi precedente al cambio di secolo e quindi al dilagare del populismo contemporaneo, C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss. – che dovrebbe consentire un guadagno in termini di conoscibilità della norma stessa. In argomento, si rinvia all'analisi monografica di C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, in particolare p. 27 ss.; inoltre, ad esempio, R. Borsari, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, Padova University Press, 2013, p. 18 ss.

[17] La differente terminologia si giustifica alla luce dell'esistenza di più classificazioni dottrinali con riferimento all'esigenza che la norma penale sia chiaramente formulata. I più sembrano riferirsi alla determinatezza della fattispecie come sinonimo di chiarezza della sua formulazione; altri preferiscono parlare di precisione della previsione normativa, ritenendo che la determinatezza sia piuttosto il carattere di accertabilità processuale (o comunque concreta) del fatto pur chiaramente descritto dalla legge: è la ben nota prospettiva di G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., pp. 69 ss. e 78 s.

vivente», nell'ambito di volta in volta interessato, offre già opzioni ermeneutiche "accettabili"[18].

Gli atteggiamenti della dottrina penalistica rimangono i più vari, ancorché siano comprensibilmente non rare le resistenze a un'apertura di credito incondizionata in favore dell'idea di "giurisprudenza fonte". Vero è che il DNA del penalista "liberale"[19] rende ancora oggi difficile "ratificare" acriticamente le trasformazioni dei canoni identitari della ("classica") legalità penale, ma è con particolare interesse che non si può non guardare al tentativo di adeguamento delle garanzie tradizionali ai rapporti tra "poteri" che via via inarrestabilmente emergono e senza – pare – che si incappi necessariamente nella fallacia naturalistica, che viola la legge di Hume, deducendo il dover essere dall'essere.

È infatti proprio cercando di "fare sul serio" con la prevedibilità dell'applicazione del diritto penale, che si è ad esempio caldeggiata, soprattutto *de iure condendo*, l'attribuzione di un'efficacia «relativamente» o «tendenzialmente» vincolante al precedente giudiziale, in una prospettiva che – questo almeno è l'intento dichiarato – «non è, allora, quella di un abbassamento degli standard di garanzia, rispetto a quanto di solito insegnato nei manuali; bensì, proprio all'opposto, quella di un *innalzamento* di tali standard, attraverso il coinvolgimento e la responsabilizzazione diretta del potere giudiziario»[20].

Non è questa la sede per spingere oltre un'analisi su tutte le più attuali sfaccettature della legalità, rispetto alle quali, negli ultimi an-

---

[18] Per parte della dottrina, un esempio di conservazione nell'ordinamento di una disciplina penale scarsamente determinata sarebbe Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2729 ss., con nota critica di F. Giunta, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, p. 2738 ss.

[19] Il riferimento è, in particolare, allo scritto di G. Insolera, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 3 ss.

[20] Così, letteralmente, F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, p. 43. In termini analoghi già lo studio "pionieristico" di A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., di cui, tra gli altri, è particolarmente significativo un passaggio a p. 19: «La certezza del diritto è condizionata dal precedente. Più il precedente giudiziale è vincolante, più vi sarà, tendenzialmente, certezza del diritto. La maggiore certezza del diritto porta con sé maggiore prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle azioni dei consociati: dunque, migliore possibilità di operare scelte consapevoli e responsabili».

ni, si succedono incessantemente studi. Ciò di cui pare sufficiente ora prendere atto è che la legalità, nonostante le sue evoluzioni, continua a "misurarsi" in termini essenzialmente di prevedibilità. Se così è, se ne colgono le assonanze rispetto alla colpa, della quale la possibilità di prevedere ciò che per l'ordinamento è indesiderato e potrebbe maturare in conseguenza della propria condotta è elemento portante[21].

La Corte costituzionale, nella pronuncia poc'anzi in esame, nel momento in cui enuncia i doveri civici che il consociato dovrebbe osservare come prestazione sinallagmatica rispetto al dovere statuale di chiarezza nella produzione normativa, sembra configurare delle regole di comportamento piuttosto simili, nella struttura e nella funzione (preventiva in entrambi i casi), alle regole di condotta che sono alla base della più tradizionale forma di colpa, cioè quella che può sussistere con riferimento agli elementi del fatto tipico, normalmente all'evento del reato (anche se in questo caso sembra una colpa su un elemento preesistente o concomitante rispetto alla condotta). Pure il linguaggio usato dalla dottrina per indicare tale realtà che viene a profilarsi in relazione alla legge penale sembra deporre nel senso che sempre di colpa si tratti, dato che si parla spesso di *culpa iuris*, espressione impiegata per segnare una differenza[22], evidenziando però, al contempo, anche una natura comune rispetto alla *culpa facti*. Condivisibile ed efficace sul punto è la sintesi di

[21] Vero è che, nel dominio attuale delle concezioni normative della colpa, gioca un ruolo fondamentale – ed è un ruolo di garanzia, salvo ricadere nelle logiche del *versari in re illicita* – il necessario accertamento della violazione di una regola cautelare, ma, a ben vedere, la prevedibilità è proprio ciò che dovrebbe plasmare la regola cautelare stessa, dandole una chiara fisionomia. Come si ripete nei manuali, è la prevedibilità di un rischio riconducibile alla propria condotta che, in sinergia con le risorse pragmatiche dell'evitabilità, dà linfa cioè contenuto operativo di dettaglio alla regola cautelare. Nella manualistica più diffusa, ad esempio, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 571.

[22] Non si mette qui in discussione la sin troppo evidente proliferazione di modelli di illecito penale colposo nell'ordinamento sempre più evidenziata dalla dottrina, ma si vuole piuttosto richiamare l'attenzione su quegli elementi comuni o affini riscontrabili in determinate ipotesi e che inducono comunque a parlare di colpa. Come già detto all'esito dell'itinerario sulla definizione legale del delitto colposo, il fatto che si parli ormai di «colpe» e non più, in termini unitari, semplicemente di «colpa» non smentisce, anzi conferma che possano comunque riscontrarsi tratti identitari che si ripetono, pur con le loro peculiarità, e che, evidentemente, rendono opportuno o comunque utile non abbandonare il lessico della colpa.

autorevole dottrina: «L'errore evitabile, quindi, è necessariamente un errore 'colposo', al di là delle specifiche regole *cautelari* che devono essere elaborate in materia di *culpa… iuris*, ma che non cessano di essere cautele e obblighi di diligenza e prudenza solo perché diversi da quelli in uso nella configurazione del volto della *Tatfahrlässigkeit*»[23].

Alzando la lente di ingrandimento, non sfugge inoltre – ma nemmeno potrebbe, dato che è il perno di tutto il discorso – che la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. è contestuale all'affermazione del principio *nullum crimen sine culpa*, come a dimostrare che la riconoscibilità della norma incriminatrice

[23] Così, con puntuali riferimenti ad analoghe posizioni della dottrina italiana assunte in sede di commento della pronuncia della "Consulta" (nonché alla letteratura tedesca precedente), M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 499, ove, già nella nota 9, si rileva che l'omesso riferimento alla prevedibilità, che normalmente si accompagna all'evitabilità nel contrassegnare la responsabilità colposa, si può giustificare alla luce del diverso oggetto della colpa rispetto alle ipotesi tradizionali incentrate sul «verificarsi di un evento, di un risultato lesivo, mentre nei casi di *Rechtsfahrlässigkeit* ciò che doveva essere impedito, prima del risultato è la sua causa, cioè la causa di una condotta inosservante perché ignara: e quindi uno *stato intellettuale*, che è meglio definibile in termini di mera 'evitabilità' in ordine agli effetti dell'osservanza delle cautele prescritte».

Sulle affinità strutturali tra la *culpa iuris* che fa perno sull'art. 5 c.p. e la *culpa facti*, si veda inoltre, E.R. Belfiore, *Brevi note sul problema della scusabilità dell'«ignorantia legis»*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 154 ss., ove una riflessione sull'*homo eiusdem condicionis et professionis* nonché sul grado di colpa punibile nelle due diverse ipotesi, all'esito della quale si affaccia l'interrogativo circa l'opportunità di mostrare semmai più indulgenza nell'approccio alla *culpa iuris*, stanti «le difficoltà che quotidianamente si incontrano per la conoscenza del diritto – normalmente, ben maggiori di quelle da affrontare per una corretta conoscenza delle circostanze di fatto». Dello stesso Autore, per considerazioni più ampie sul punto, si veda Id., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1997, in particolare pp. 91 ss. e 117 ss., ove un ricco confronto comparatistico con le posizioni giurisprudenziali e dottrinali tedesche maturate fino alla metà degli anni Novanta del secolo scorso.

Da ultimo, M. Lanzi, Error iuris *e sistema penale*, cit., in particolare p. 339 ss., il quale, pur parlando di «proprio statuto cautelare» con riferimento alla *culpa iuris* (p. 343), non sembra affatto negare la matrice colposa del corrispondente giudizio di imputazione. Lo si evince, tra l'altro, dalla terminologia in più passaggi impiegata, come quando ci si dedica «alla ricerca di una regola cautelare», che, in particolare nell'ambito del diritto penale economico, specialmente nel settore penal-tributario, viene individuata nel ricorso alla consulenza privata; su cui, per considerazioni in senso problematico, si veda, ad esempio, L. Stortoni, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto*, cit., pp. 1138-1140.

funzionale a una reale libertà di autodeterminazione e il carattere necessariamente colpevole dell'illecito penale (che il malgoverno di tale libertà di autodeterminazione presuppone) siano garanzie riconducibili a una radice comune.

Al fondo di queste constatazioni, il discorso potrebbe spingersi persino a un rovesciamento di prospettiva rispetto alla conclusione della Corte costituzionale del 1988, per sostenere cioè che sia il principio di legalità ad essere funzionale al soddisfacimento delle garanzie riconducibili all'art. 27, commi 1 e 3, Cost.; una sorta di – si conceda il gioco di parole, che evoca un processo virtuoso o comunque non di per sé negativo, come invece l'espressione potrebbe far credere – "colpevolizzazione" della legalità.

La necessaria conoscibilità della norma penale è un'espressione di lealtà dell'ordinamento, il quale non può pretendere comportamenti conformi alle proprie aspettative se tali aspettative non chiarisce a sufficienza, o con norme scritte immediatamente intellegibili quanto alle loro potenzialità applicative – e rimane forse la soluzione "ideale"[24] – o, quantomeno, con un sistema di garanzie che, anche "a margine" della legge, possa consentire comunque di prevedere le conseguenze giuridiche, specialmente quelle penali di una data condotta.

---

[24] Ideale almeno in due accezioni, in quanto la realtà dei fatti induce a pensare che possa essere una soluzione più ambita che attutata, ma, ciò nonostante, deve rimanere comunque un'aspirazione, onde evitare di deresponsabilizzare troppo la politica in favore di un "decisionismo" giudiziario, la cui "ratifica", in un sistema che valorizzi il precedente (anche quello più severo e lontano dalla *littera legis*), implica, tra l'altro, l'amplificarsi dello sforzo conoscitivo accollato alla collettività, tenuta, di fatto, a conoscere la giurisprudenza oltre che la legge. Queste sollecitazioni della riserva di legge tendono a passare sottotraccia oppure vengono spesso indicate come fisiologiche nel nostro ordinamento, ma non sono meno insidiose di altre perché, a ben vedere, rappresentano l'ennesima imposizione della prevenzione generale sulle garanzie individuali. Al riguardo, non perdono mai di efficacia, ancorché possano oggi apparire âgée, le suggestive parole di Giuseppe Zanardelli impiegate nella presentazione del "suo" c.p. del 1889: «le leggi devono essere scritte in modo che anche gli uomini di scarsa cultura possano intenderne il significato; e ciò deve dirsi specialmente di un codice penale, il quale concerne un grandissimo numero di cittadini anche nelle classi popolari, ai quali deve essere dato modo di sapere, senza bisogno d'interpreti, ciò che dal codice è vietato», in G. Zanardelli, *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, Roma, Ripamonti, 1889, p. 10.

Più ci si allontana, come sta succedendo, da un'idea del principio di legalità ancorato alla legge scritta – beninteso: la constatazione non equivale a una supina approvazione di questa tendenza – più si svelano le garanzie che rappresentano un plausibile "minimo comune denominatore" delle sue possibili declinazioni "postmoderne"[25]; parallelamente, se ne coglie la tendenziale riconducibilità all'esigenza di rimproverabilità in senso normativo, cioè di ragionevole esigibilità di un comportamento diverso e osservante[26]. È così che – è stato opportunamente osservato – «una volta spogliato dalle implicazioni politico-istituzionali, il principio viene a iscriversi proprio in quel "progetto di imputazione personale" dell'illecito dettato dalla *Schuldidee*, nell'ambito del quale illumina i requisiti della relazione tra soggetto e norma penale»[27].

Prospettive "rovesciate" come quella ora ipotizzata in alternativa a un punto di vista più tradizionale sono affiorate da tempo anche in dottrina, soprattutto in quella tedesca, ove, tra le altre, viene spesso ricordata quella di Walter Sax, il quale vi poneva a fondamento talune previsioni della Costituzione di Bonn, a partire dall'art. 1, posto a tutela dell'intangibilità della dignità della persona umana; consacrazione storicamente ben comprensibile dopo gli orrori della se-

---

[25] Il termine è qui richiamato nello stesso senso attribuitogli nell'intitolazione del VI convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, tenutosi a Roma nei giorni 10 e 11 novembre 2017: «I principi del diritto penale nella postmodernità». Gli atti di tale convegno sono pubblicati nella *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1375 ss. Sui concetti di «dogmatica postmoderna» e «postmodernità penalistica», si rinvia a F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 129 ss., per cui il confronto con la complessità – la «vera cifra del nostro tempo» – ha determinato «un processo di maggiore articolazione, differenziazione e proliferazione delle categorie penalistiche» (p. 133), come testimonia anche la raccolta di scritti G. De Francesco, A. Gargani (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, Giuffrè, 2017.

[26] In argomento, indubbio punto di riferimento nella dottrina italiana contemporanea è l'indagine monografica di G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit.

Da ultimo, sugli sviluppi storici del concetto di colpevolezza nella dottrina tedesca, in particolare nella prima parte del secolo scorso, ampiamente, A. Nisco, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 71 ss.

[27] Così, letteralmente, Fr. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 220.

conda guerra mondiale[28]. Criticate in Germania e riprese più con interesse che con adesione anche nella letteratura italiana[29], simili prospettive hanno recentemente trovato riscontro in uno studio monografico dedicato al concetto di pena e di materia penale, in cui si riconosce appunto che «il declino della riserva di legge e la progressiva "abolizione" della responsabilità oggettiva a livello europeo consentono oggi una ricomposizione della "gerarchia" tra i due principi e, quindi, un inquadramento dell'aspetto individual-garantistico della legalità quale corollario della superiore istanza di colpevolezza»[30]: una lettura alla quale pure l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo, almeno a partire dalla sentenza "Sud Fondi"[31], sembra contribuire significativamente, ricavando dall'art. 7 CEDU il divieto di responsabilità incolpevole[32].

---

[28] W. Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. Bettermann, H.C. Nipperdey, U. Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, III, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 992 ss., in particolare p. 999.

[29] F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*. La fattispecie, Padova, Cedam, 1979, p. 91 ss. (anche per le critiche maturate nella dottrina tedesca), il quale dalla relazione tra legalità e colpevolezza concepita da Sax fa discendere il corollario del divieto di leggi penali retroattive e quello per cui, nella stessa prospettiva, «lo *Schuldgrundgedank* diventa, in definitiva, l'unico fondamento del principio di determinatezza» (p. 92).

[30] Fr. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 220; riprende l'idea in Id., *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 418, in particolare nella nota 7.

[31] Corte EDU, Sez. II, 20 gennaio 2009, (ric. n. 75909/01) Sud Fondi srl e altri v. Italia, su cui Fr. Mazzacuva, *Un "*hard case*" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540 ss.

[32] Nell'ambito dei contributi dell'ultimo decennio (in precedenza, si veda R. Sicurella, Nulla poena sine culpa*: un véritable principe commun européen?*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 2002, p. 15 ss.) attenti al confronto tra dimensione interna e sovranazionale, si vedano, D. Pulitanò, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1245, che criticamente rileva che, per la Corte EDU, «la colpevolezza è una questione di *content of domestic criminal law*, di competenza del legislatore statuale; il principio di colpevolezza, non incluso fra i diritti e le garanzie espressamente nominati nella Convenzione, è negoziabile (cedevole) entro *reasonable limits*, e a tal fine interessi tutelati importanti, quali l'integrità sessuale dei minori, possono giocare un ruolo in ultima analisi decisivo»; G. Panebianco, *Il principio* nulla poena sine culpa *al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1326 ss.; E. Cottu, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza nel dialogo tra le Corti*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 355 ss.; M. Donini, *La personalità della responsabilità*

Il passaggio appena richiamato pare interessante non solo per la conclusione a cui perviene e che è in linea con quanto qui finora sostenuto, ma anche perché, facendo riferimento al superamento della responsabilità oggettiva, dà occasione di mettere a fuoco i rapporti tra legalità e colpevolezza in una prospettiva ancora più articolata.

Dopo la più volte richiamata sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, soprattutto la dottrina ha cercato di avvicinare il più possibile la lettera della legge al principio di colpevolezza in tutte quelle ipotesi nate inequivocabilmente o comunque concepite applicativamente (del tutto o anche solo in parte) come declinazioni della responsabilità oggettiva. In taluni casi, la lettera della legge è stata persino oltrepassata in nome dell'interpretazione costituzionalmente conforme[33]. Così, operazioni di "ortopedia in-

---

penale, cit., pp. 1599 e 1600, che propone un'opportuna lettura integrata dei casi "Sud Fondi", "Contrada", "Taricco"; F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 2 e 3, il quale ravvisa una «contaminazione» tra i principi di legalità e colpevolezza sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale che in quella della Corte EDU, nel senso che «la declinazione della legalità, originariamente riferita alla dimensione della tipicità oggettiva, per la quale si impone una previsione chiara e tassativa del comportamento punito, si collega strettamente, una volta ricondotta alla prevedibilità ed accessibilità del precetto, alla dimensione del rimprovero personale, vale a dire alla colpevolezza» (p. 3); C. Sotis, *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, in *Questione giustizia*, 4/2018, p. 68 ss.; A. Santangelo, *Ai confini tra* common law *e* civil law*: la prevedibilità del divieto nelle giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 334, 348 e 352.

[33] Un caso peculiare è quello del delitto di rissa, in cui l'aumento di pena per la verificazione di morte o lesioni personali è (ancora oggi) esplicitamente previsto «per il solo fatto della partecipazione alla rissa» (art. 588, comma 2, c.p.): un'ipotesi costruita evidentemente in termini di responsabilità oggettiva (così, autorevolmente, C.F. Grosso, *La fattispecie di rissa aggravata e l'art. 27 comma 1° della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 607, che richiama in tal senso dottrina coeva «pressoché unanime»), se non persino per fatto altrui. Ciò non ha impedito alla dottrina di riscontrare la necessità di un'imputazione colposa dell'evento qualificante, sia in un assetto circostanziale, in cui troverebbe dunque applicazione la regola dell'art. 59, comma 2, c.p. [così, ad esempio, F. Basile, *Il delitto di rissa (art. 588 c.p.). Teoria e prassi*, Roma, Aracne, 2014, p. 97 ss., in particolare p. 117 ss.; opera in cui, peraltro, si osserva condivisibilmente che quella aggravata «è la "vera" norma sulla rissa, in quanto è solo questa la norma applicata in giurisprudenza (anzi, in una copiosa giurisprudenza), mentre non risultano procedimenti giudiziari per il solo delitto di rissa semplice di cui al primo comma»], sia considerando l'evento il perno di una fattispecie autonoma, sostanzialmente preterintenzionale

terpretativa" proposte con i migliori intenti da autorevole dottrina non sono andate esenti da critiche, che ne hanno sostanzialmente rimarcato il carattere (indebitamente) politico e, quindi, i costi del corrispondente sacrificio della legalità e del principio di separazione dei poteri[34].

Come si rileverà più volte nel corso della trattazione, la "conversione" della responsabilità oggettiva in coefficienti di imputazione sostanzialmente colposa ha dato forma, in non pochi casi, a fattispecie miste di dolo e colpa, di centrale interesse per questa trattazione. In queste righe, basti dar conto di come, a livello metodologico, il dibattito abbia trovato relativa stabilità con l'affermarsi di un particolare orientamento della giurisprudenza costituzionale in merito alla "giustiziabilità" dei principi costituzionali (cioè al loro essere «"utilizzabili" nei giudizi di costituzionalità», quali «principi giuridici a contenuto "dimostrativo" o assiomatico, non meramente topico o argomentativo»)[35] e, quindi, anche del principio di colpevolezza. Come è ampiamente noto, il giudizio di costituzionalità è stato nel tempo arricchito di un filtro interpretativo sostanzialmente delegato a ogni giudice, il quale può richiedere alla "Consulta" la formale censura delle norme sospettate di illegittimità solo in via sussidiaria, cioè una volta esperito infruttuosamente il necessario tentativo di in-

---

(così, ad esempio, L. Cornacchia, *Delitti contro l'incolumità individuale*, in S. Canestrari, L. Cornacchia, A. Gamberini, G. Insolera, V. Manes, M. Mantovani, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 7ª ed., Milano, Monduzzi editoriale, 2016, p. 572).

[34] Per la tesi favorevole a implementare al massimo il principio di colpevolezza in sostituzione della responsabilità oggettiva, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 409 ss.

[35] Per il ricorso a questa terminologia e per la distinzione tra principi argomentativi (più o meno implementabili e tendenzialmente non in grado di suscitare una declaratoria di incostituzionalità) e dimostrativi (maggiormente in grado di evidenziare una la loro violazione che possa determinare l'incostituzionalità della norma con essi confliggente), si rinvia, specialmente, a M. Donini, *Teoria del reato*, cit., p. 27 ss. (p. 27); V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 4; tra i manuali, esplicitamente, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 100 e 101.

In precedenza, per la differenza tra «principii ispiratori» e «principii normativi veri e proprii», G. Vassalli, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, in particolare p. 704 ss. (p. 708).

dividuarne (almeno) una lettura costituzionalmente conforme, pur sempre entro i limiti semantici del testo legale[36].

Il fatto che l'interpretazione conforme al principio di colpevolezza incontri un limite nelle parole della legge non pare mettere in discussione i rapporti tra i due poli costituzionali della legalità e della personalità della responsabilità penale così come messi a fuoco fino a questo punto. Si tratta, in questo caso, di una "prevalenza" – se così si può dire – più che altro di carattere metodologico del principio di legalità, che, a ben vedere, si impone per consentire al giudizio di colpevolezza di alimentarsi di referenti precisi, senza i quali si avrebbe al più una colpevolezza fuori (o a prescindere dal) contesto, almeno in parte in contrasto con il diritto penale del fatto e che non può condurre ad alcuna concreta rimproverabilità che non sia meramente etica o comunque arbitraria.

Quanto appena considerato non sembra smentire ma anzi rafforzare ulteriormente l'impressione che la legalità giochi un ruolo funzionale al giudizio di colpevolezza.

Che il principio di colpevolezza, se invocato impropriamente, possa e debba trovare un limite nella legge sembra confermato anche dalla lettura critica di alcuni passaggi sviluppati in un'importante sentenza della Cassazione[37] sulla disciplina penale della riforma "Gelli-Bianco", relativa alla responsabilità professionale del sanitario.

---

[36] Il riferimento è, in particolare, alla conosciutissima sentenza "Zagrebelsky" (dal cognome del giudice relatore-estensore: Gustavo Zagrebelsky): Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 356, in *www.cortecostituzionale.it*, espressione forse più rappresentativa di un orientamento di perdurante attualità: «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (punto 4 del «Considerato in diritto»). Per ulteriori riferimenti, si vedano V. Manes, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale* e V. Napoleoni, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, rispettivamente pp. 32 ss. e 49 ss.

[37] Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 713 ss., con nota di M. Caputo, *'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, p. 724 ss.; in *Cass. pen.*, 2017, p. 3152 ss., con nota di C. Cupelli, *La legge Gelli-Bianco in cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*, p. 3164 ss.; in *Giur. it.*, 2017, p. 2199 ss., con nota di L. Risicato, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, p. 2201 ss.; nonché in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1369, con nota di G.M. Caletti, M.L. Mattheudakis, *La*

In tale pronuncia, in cui la Corte di legittimità si è soffermata per la prima volta sul nuovo art. 590-*sexies* c.p., gli estensori si sono dilungati sulle implicazioni del principio di colpevolezza sulla ri-lettura di taluni istituti codicistici, con particolare riferimento alla colpa, sui confini "bassi" della quale corrono le più tradizionali insidie per l'imputazione colpevole.

La sentenza è senz'altro condivisibile quando attribuisce a un ossequio al principio di colpevolezza la più che opportuna valorizzazione dei collegamenti tra violazione cautelare e verificazione dell'evento tipico qualificabili in termini di «causalità della colpa». Lo stesso principio, in particolare, rappresenterebbe un ineludibile sbarramento nei confronti di pretese punitive collegate a violazioni cautelari non pertinenti rispetto alla verificazione dell'evento. Fin qui, si è in presenza di una sentenza che ben esercita il proprio ruolo nomofilattico, ribandendo le migliori acquisizioni della dottrina e della stessa IV Sezione penale della Cassazione. Più ambiguo appare invece il riferimento al principio di colpevolezza (e non solo a quello di ragionevolezza) nel momento in cui lo si concepisce come «un alto argine contro l'ipotesi che voglia, in qualunque guisa, concedere, sempre e comunque, l'impunità a chi si trovi in una situazione di verificata colpa per imperizia».

La Corte ha in mente l'ipotesi del sanitario che pretenda di far leva sul formale rispetto del percorso di trattamento del paziente indicato da adeguate linee guida anche quando, in fase esecutiva, abbia poi commesso un errore grossolano decisivo per la verificazione dell'evento lesivo o mortale[38]. L'impossibilità di esentare da responsabilità penale per colpa tale sanitario (e, allo stesso modo, l'automobilista che abbia cagionato un incidente violando un rosso semaforico e che si difenda osservando di aver però rispettato il limite di velocità) troverebbe ostacolo proprio nel principio di colpevolezza, per effetto del quale «non è consentita l'utilizzazione di direttive non pertinenti rispetto alla causazione dell'evento, non solo per affermare la responsabilità colpevole, ma neppure per escluderla».

Nella sentenza, dunque, oltre che in termini di reale garanzia,

---

Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco", p. 1369 ss.

[38] La sentenza fa l'esempio del chirurgo che recide l'arteria del paziente invece che il peduncolo della neoformazione tumorale.

cioè in senso limitativo della responsabilità penale, lo *Schuldprinzip* è stato anche «agitato *contra reum*», come evidenziato in uno dei primi commenti, in cui si osserva giustamente che «non è nelle corde del principio di colpevolezza vietare all'imputato il rimando a cautele non pertinenti rispetto alla causazione dell'evento» e che lo stesso principio non dovrebbe poter legittimare «quote di maggior afflittività», ma, piuttosto «contenere quelle minacciate, riducendone l'effettiva distribuzione applicativa»[39].

Proprio la condivisibile critica dottrinale ora richiamata fa emergere ancora come il principio di colpevolezza non possa operare correttamente se non entro binari legali precisi, ivi "muovendosi" solo *in bonam partem*. Non è invocando questo principio che si può riscrivere interpretativamente l'art. 590-*sexies* c.p. fino all'estremo di leggervi – questo è il non detto della sentenza[40] – un divieto di esenzione da responsabilità per colpa grave che il testo non prevede.

Da chi l'ha criticata secondo il ragionamento anche qui sviluppato, la sentenza è stata giustamente definita «ricca, colta e complessa»[41]. Il timore, infatti, è soprattutto quello che le segnalate ambiguità della pronuncia possano essere strumentalizzate da giudici di merito "zelanti", i quali ritengano di poter invocare l'*auctoritas* della Cassazione per promuovere soluzioni *praeter* o *contra legem* in nome del principio di colpevolezza, assegnandogli un'inopportuna funzione "propulsiva" nella dilatazione dell'area penalmente rilevante.

La questione della possibilità di riconoscere effettivamente uno spazio al grado della colpa riguardo all'*an* della responsabilità penale del sanitario è stata poi poco dopo risolta in senso affermativo dalle Sezioni unite della Corte di legittimità, chiamate a prendere posizione a causa di un contrasto immediato all'interno della IV Sezione penale[42].

---

[39] Così M. Caputo, *'Promossa con riserva'*, cit., pp. 738 e 739.

[40] Si veda ancora M. Caputo, *'Promossa con riserva'*, cit., p. 738, che sembra attribuire alla sentenza il tentativo di affermare, nel contesto sanitario, il principio «*nulla culpa (gravis) sine poena*».

[41] M. Caputo, *'Promossa con riserva'*, cit., p. 724.

[42] Cass. pen., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, ad esempio in *Dir. pen. cont.*, 1° marzo 2018, con commento di C. Cupelli, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*. Sulla stessa sentenza, si vedano anche (senza ambizione di esaustività), R. Alagna, *La colpa penale del medico dinanzi*

2. *Il tentativo di "correggere" la responsabilità oggettiva tramite una "progressione" della colpa, anche in affiancamento al dolo: l'attuale bipartizione dei criteri principali di imputazione colpevole*

2.1. *I volti della responsabilità oggettiva e le promiscuità rispetto alla colpa (in particolare la responsabilità oggettiva nelle diverse ipotesi di* versari in re illicita*)*

Nello sviluppo di questa trattazione, si è scelto di non affrontare dettagliatamente alcune disposizioni degli artt. 42 e 43 c.p. già nell'ambito di quelle che sono qui state indicate come «coordinate codicistiche» dell'imputazione colpevole. Le previsioni dedicate a responsabilità oggettiva e preterintenzione paiono infatti meglio

---

alle Sezioni Unite: innovazioni, incertezze e perplessità, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 888 ss.; G. Amato, *Conclusione giusta e in linea con la norma e contro le negligenze*, in *Guida dir.*, 2018, 12, p. 28 ss.; R. Bartoli, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, p. 233 ss.; R. Blaiotta, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018; R. Borsari, *La responsabilità penale del sanitario nelle motivazioni delle Sezioni Unite. Considerazioni rapsodiche*, in *Resp. med. Dir. prat. clin.*, 2018, p. 189 ss.; C. Brusco, *L'intervento delle Sezioni unite sulla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la legge Gelli-Bianco*, in il *Penalista*, 12 marzo 2018; M. Caputo, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2018, p. 345 ss.; O. Di Giovine, *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "Colpa medica e sicurezza delle cure" (Giappichelli, 2017)*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2018, p. 837 ss.; M. Gambardella, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco*, in *Arch. Pen.*, 2018, *Speciale riforme*, p. 303 ss.; E. Lupo, *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente*, in *Dir. sal.*, 2018, 2, p. 37 ss.; P. Piras, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2018; L. Risicato, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza* in bonam partem *dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.*, 2018, p. 948 ss.; A. Roiati, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies *c.p.*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 2 (web); inoltre, volendo, G.M. Caletti, M.L. Mattheudakis, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies *c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018, p. 25 ss., in particolare p. 30 ss., a cui si consenta di rinviare per più puntuali considerazioni sulla plausibilità della soluzione proprio in punto di grado della colpa.

esaminabili contestualmente alla descrizione dello spazio che il principio di colpevolezza ha assunto nel nostro ordinamento per effetto dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e, ancor di più, tramite l'importante evoluzione interpretativa della Corte costituzionale, che ne ha finalmente "scoperto" il vero rango, dietro sollecitazione di autorevole dottrina, a partire dalle pronunce del 1988.

L'art. 42 c.p., dopo aver stabilito, al comma 2, la regolarità dell'imputazione dolosa per i delitti, salve espresse configurazioni dei medesimi illeciti in termini colposi o preterintenzionali, al comma 3 dispone: «La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione». Come appare subito evidente, il significato di questa clausola di chiusura si comprende al meglio tenendo conto dei caratteri essenziali di dolo, preterintenzione e colpa, rispetto ai quali quest'ulteriore tipologia di responsabilità penale si pone in termini residuali: «altrimenti».

Pur arrivando solo tra poco a trattare nel merito la preterintenzione, si può comunque già riconoscere come il legislatore abbia voluto legittimare una forma di attribuzione dell'evento del reato sulla base del mero nesso di causalità, cioè prescindendo in particolare dal dolo e dalla colpa, riservandosi così di tipizzare figure immaginate – l'espressione è tutt'altro che casuale – come funzionali a esigenze di prevenzione generale, con sacrificio, in diversa misura, della colpevolezza[43]. Viene così a profilarsi la possibilità di pu-

[43] Che la colpevolezza, in realtà, possa essere più funzionale alla prevenzione generale rispetto alla responsabilità oggettiva è un'idea che ha trovato ampio credito in dottrina. In questo senso, ad esempio, A. Castaldo, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in A.M. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva*, cit., pp. 308 e 309, che richiama, peraltro, una nota polemica tra Bentham e Hart sul punto; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 32 ss. Tra gli scritti più ampi sul tema, G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 836 ss.; T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 798 ss., ai quali si rinvia anche per diffusi riferimenti alla dottrina tedesca. Per una rilettura recente delle tensioni tra colpevolezza e prevenzione generale nel nostro ordinamento, M. Donini, *La personalità della responsabilità penale*, cit., in particolare p. 1587 ss. Il dibattito è vivo, comprensibilmente, anche negli ordinamenti occidentali che più apertamente hanno consentito finora la responsabilità oggettiva, come quello nor-

nire la realizzazione di un fatto anche in assenza di un collegamento "soggettivo" (qui sinonimo di colpevole) con l'autore del fatto stesso, rendendo appropriata la definizione di questo meccanismo di «ascrizione»[44] in termini di responsabilità (per contrapposizione, definita) oggettiva[45], di particolare successo a livello applicativo, in ragione anche della semplificazione probatoria che consente rispetto all'imputazione dolosa o colposa.

Vero è che la responsabilità oggettiva sembra esser stata concepita dal legislatore del 1930 soprattutto in relazione all'evento del reato, in linea con le altre definizioni che fanno seguito nell'art. 43 c.p., ma è comunque ormai del tutto comune nella terminologia della letteratura penalistica parlare di responsabilità oggettiva anche rispetto a elementi diversi[46], in particolare se l'evento si intende in senso naturalistico. È così che sono state proposte varie classificazioni, tenendo peraltro conto del fatto che anche nell'applicazione giudiziale di fattispecie (indubitabilmente e per intero) colpose e persino dolose affiorano rischi di scivolamento nella responsabilità oggettiva, in particolare tramite indebite semplificazioni strutturali

---

damericano: si veda, ad esempio, P.H. Robinson, *Strict Liability's Criminogenic Effect*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2018, p. 411 ss.

[44] Nella misura in cui i due termini possano non considerarsi espressioni in tutto equivalenti, sembra preferibile qui parlare di «ascrizione» piuttosto che di «imputazione», proprio per evidenziare la maggiore formalità e quindi la minore pregnanza dei legami tra soggetto e fatto, che si riducono a un collegamento di carattere meramente materiale o comunque privo di una connotazione realmente partecipativa e rimproverabile. Per il ricorso al verbo ascrivere in un'accezione assai simile, M. Donini, *Teoria del reato*, cit., pp. 55 e 56, con riferimento all'addebito dei danni risarcibili in coincidenza di un illecito (civile) contrattuale o extracontrattuale: «dolo e colpa, infatti, sono riferiti alla condotta inadempiente oppure al "fatto" (evento) illecito, non ai danni che ne discendono e *che nondimeno vengono "ascritti"*».

[45] In argomento, fondamentale la raccolta di contributi di A.M. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva*, cit. Si vedano, inoltre, ad esempio, F. Mantovani, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 456 ss.; S. Canestrari, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 107 ss.; E. Dolcini, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, cit., p. 863 ss.; M. Donini, L. Ramponi, *Il principio di colpevolezza*, cit., in particolare pp. 283 ss. e 303 ss.

[46] Si veda, ad esempio, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 426, che, condivisibilmente, ritiene che argomentando diversamente «si riduce senza ragione il concetto stesso di responsabilità oggettiva».

o probatorie. Si è dunque parlato, ad esempio, di responsabilità oggettiva «in senso stretto», «in senso ampio», «pura», «mista», «pura/propria», «spuria/impropria», «espressa», «occulta», di «responsabilità anomala»[47].

Più in generale, è attraverso una particolare attenzione al tasso di colpevolezza riscontrabile nei meccanismi di addebito di ogni singolo elemento di diritto penale sostanziale da cui dipende l'*an* oppure il *quantum* della punibilità che si può verificare l'effettivo rispetto del principio di personalità della responsabilità penale nelle sue plurime declinazioni.

Nei casi in cui, ad esempio, si procede all'affermazione di una responsabilità dolosa in presenza non più che della colpa per alcuni elementi dell'illecito, si fa salvo il principio *nullum crimen sine culpa*, ma alla colpevolezza in senso fondante non si accompagna un rigoroso rispetto dell'idea di colpevolezza graduante, come limite di garanzia della pena, la quale non dovrebbe eccedere la misura della colpevolezza. Il rischio è dunque quello di assicurare una fedeltà solo parziale all'art. 27, comma 1, Cost., tradendone al contempo uno dei significati più profondi.

Proprio i profili accennati nelle righe immediatamente precedenti saranno oggetto di approfondimento successivamente. Ora sembra opportuno mantenere l'attenzione sul fatto che è ancor prima sul fronte del principio *nullum crimen sine culpa* che si sono combattute (e ancora si combattono) le battaglie forse più significative. Infatti, se si può considerare costituzionalizzata, come meglio si dirà, l'esigenza che la reazione sanzionatoria non sia sproporzionata (per eccesso) rispetto all'effettiva colpevolezza espressa dal soggetto, pare oggi decisamente intollerabile nel nostro sistema positivo che, più radicalmente, dalla colpevolezza si prescinda.

Al fronte evocato, per proseguire con la metafora bellica, "combatte" in prima linea, ancora oggi, la colpa nella sua fisionomia fecondata dalla Costituzione. Guardando ai diversi criteri di imputazione colpevole in una prospettiva che tenga conto del grado di dominio del fatto e della correlata rimproverabilità per il soggetto,

[47] Per una razionalizzazione di queste diverse classificazioni, si veda in particolare S. Canestrari, voce *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 109 ss.

proprio la colpa sembra infatti rappresentare il livello più prossimo e quindi il più esposto ai penetranti "proiettili" della responsabilità oggettiva. È lì che pare giocarsi la partita più difficile per l'affrancamento del diritto penale da forme di responsabilità incolpevole, dove si può osservare anche una speciale pervicacia della tendenza della responsabilità oggettiva "occulta" a nascondersi sotto nomi più rassicuranti – si pensi alle insidiose forme d'imputazione incentrate sulla "colpa" in astratto o per violazione di leggi[48] – ed è più difficile "smascherarla".

Pare particolarmente significativa la casistica in cui la responsabilità oggettiva ha rappresentato veicolo di punizione o di maggior punizione per soggetti postisi in contrasto con un'aspettativa di comportamento sussistente in capo all'ordinamento. A fronte dell'integrazione di talune fattispecie delittuose dolose – quella di lesioni personali tipizzata nell'art. 582 c.p. ne rappresenta forse l'archetipo – oppure anche solo della violazione di una regola cautelare, si è ripetutamente assistito all'apertura di una voragine, una sorta di buco nero capace di attrarre qualsiasi profilo lesivo (o maggiormente lesivo) causalmente collegato, a prescindere da una piena congruenza con il disvalore (anche "soggettivo") d'azione, cedendo così alla forza magnetica del principio di derivazione canonistica del *versari in re illicita*. Si tratta di una tradizionale risorsa di prevenzione generale che, guardandola dall'angolo prospettico della prevenzione stessa, è volta a tenere più lontano possibile i consociati da sfere di rischio per interessi sensibili (in particolare, sin dalle origini, la vita altrui), con il monito, quantomeno implicito, che *qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*[49].

---

[48] In senso critico, F. Antolisei, *La colpa per inosservanza di leggi e responsabilità obiettiva*, in *Giust. pen.*, 1948, II, c. 1 ss., per cui si tratterebbe di una presunzione di colpa.

[49] La dottrina che si è pronunciata sull'argomento è di vastità eccezionale, così come sono molto eterogenei anche gli ambiti tematici che hanno condotto a riscontrare le diverse declinazioni della logica canonistica del *versari in re illicita*. Risalendo alle origini del principio, va peraltro segnalato che esso si sviluppò inizialmente con funzioni che possono essere concepite di garanzia, nel senso che limitava le ipotesi di responsabilità del presbitero per mero fortuito. In particolare, tra le cause di preclusione della possibilità di assunzione delle funzioni liturgiche, vi era quella di aver cagionato la morte altrui, ma questo risultato poteva rilevare ai fini della preclusione soltanto qualora il presbitero vi fosse pervenuto mediante

Il fenomeno qui richiamato ha permeato in modo evidente l'approccio alla preterintenzione e all'intero genere dei delitti dolosi aggravati da una conseguenza necessariamente non voluta (soprattutto prima della riforma dell'art. 59 c.p., sull'imputazione delle circostanze del reato, ad opera della l. 7 febbraio 1990, n. 19), ma ha rappresentato canale privilegiato di ingresso della responsabilità oggettiva anche in contesti pericolosi ma non intrinsecamente criminosi, come l'attività sanitaria, la circolazione stradale e le attività produttive (con speciale riferimento ai rischi di competenza del datore di lavoro), che, a ben vedere, rappresentano i principali ambiti applicativi della colpa penale[50].

In queste ultime ipotesi, l'affermazione della responsabilità colposa è spesso stata incentrata sulla mera violazione della regola cautelare, trasformando di fatto – la critica è ben nota – l'evento in con-

---

un'attività di per sé illecita. Così F. Basile, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 358, nota 3, ripreso da G.P. Demuro, *La combinazione dolo-colpa nella preterintenzione*, cit., paragrafo 4, nota 49. In argomento, anche per riferimenti alle fonti dell'epoca, fondamentali A. Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts. In vergleichend-historischer und dogmatische Darstellung*, Leipzig, von Hirschfeld, 1895, p. 139 ss.; H. Kollman, *Die Lehre vom* versari in re illicita *im Rahmen des* Corpus juris canonici, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1914, p. 46 ss.; nella dottrina canonistica contemporanea, C. Ventrella Mancini, *L'elemento intenzionale nella teoria canonistica del reato*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 65 ss.

[50] La rappresentatività a cui ci si riferisce nel testo è ben percepibile a chiunque frequenti regolarmente le aule di giustizia e trova riscontro volgendo lo sguardo a qualsiasi banca dati che raccolga pronunce della giurisprudenza penale. Le sentenze relative ai delitti di omicidio colposo e lesioni personali colpose sono in larghissima misura riconducibili ai tre ambiti indicati nel testo. Tali pronunce, da sole, rappresentano una percentuale schiacciante rispetto alla totalità di quelle dedicate alle fattispecie delittuose colpose. Peraltro, ulteriori ipotesi di non trascurabile rilevanza, come le disposizioni dell'art. 449 c.p. (il quale, a ben vedere, accorpa la realizzazione colposa di diverse fattispecie dolose di autonoma rubricazione) non di rado hanno trovato applicazione con riferimento a eventi maturati nell'ambito dell'esercizio di attività produttive, con più che plausibile inquadramento (quantomeno anche) nel contesto del diritto penale della sicurezza sul lavoro. Del resto, non pare un caso che proprio per l'ambito lavorativo, per quello stradale e quello sanitario – per quest'ultimo, invero, le soluzioni di riforma del 2012 e del 2017 intendevano imprimere una forza centrifuga rispetto alla penalizzazione – il codice penale preveda dei regimi *ad hoc* (se non delle fattispecie autonome), che differenziano l'approccio alla produzione colposa degli eventi morte e lesioni personali in questi contesti.

dizione obiettiva di punibilità e il reato di danno in reato di pericolo: è soprattutto il caso dell'attività sanitaria, in cui gli orientamenti giurisprudenziali, anche di legittimità, che si accontentavano della mera mancata diminuzione del rischio hanno svilito il livello dell'accertamento dell'efficacia impeditiva dell'evento da parte del comportamento (non osservato) doveroso, cioè conforme a cautela; verifica che nei reati omissivi impropri (al cui schema sembrano riconducibili molte contestazioni di *medical malpractice*) finisce persino per coincidere con l'accertamento della causalità della condotta, ponendo quindi problemi che riguardano già il piano della responsabilità per fatto proprio[51].

Le insidie collegate all'accertamento della c.d. causalità della colpa e, più in generale, la possibilità di infiltrazione della logica del *versari in re illicita* riguardano tradizionalmente anche il settore della circolazione stradale, in cui la colpa viene posta in relazione con

[51] Come è ampiamente noto, in argomento sono intervenute le Sezioni unite della Corte di legittimità con la già citata sentenza "Franzese" (Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, cit.), dettando una linea che però è stata seguita più nominalmente che effettivamente nelle pronunce degli anni successivi. Si tratta di una constatazione piuttosto ricorrente in dottrina: si vedano, ad esempio, F. Stella, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., p. 1923 ss.; P. Veneziani, *Art. 40*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 243 e 244; F. D'Alessandro, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, p. 331 ss.; F.M. Iacoviello, *La "Franzese": ovvero quando buone teorie producono cattiva giustizia*, in *Crit. dir.*, 2014, p. 241 ss.; inoltre, P. Piras, *Percentuali a occhio e occhio alle percentuali: le pseudo leggi scientifiche*, in *Dir. pen. cont.*, 27 gennaio 2015, il quale richiama l'attenzione sulle c.d. percentuali a occhio, cioè sulle stime fatte dai periti secondo una valutazione personale a prescindere da evidenze scientifiche fruibili per qualsiasi esperto: «La perizia deve essere uno strumento di acquisizione della percentuale salvifica, non di creazione di questa. Su questo occorre intendersi. Talvolta in letteratura medica la percentuale salvifica non è stata ancora espressa. Ci sono tuttavia dei lavori che indicano, ad es., che su 180 pazienti, curati in un certo modo, 152 hanno superato la malattia. Possono esserci più lavori che riportano dati d'interesse e l'enucleazione della percentuale salvifica si riduce ad un puro calcolo matematico, che il perito può agevolmente fare. È evidente che in tal caso il perito non sta creando la percentuale, ma solo la sta enucleando con la calcolatrice, mediante un metodo di assoluta controllabilità esterna. Questo è in definitiva ciò che è davvero importante: il controllo esterno sulla motivazione del giudizio, che risulta però pregiudicato se l'arbitrario convincimento del perito viene poi travasato in sentenza».

violazioni del codice della strada, talvolta cumulative, come quando il guidatore dia luogo a un incidente in condizioni di alterazione per aver assunto sostanze stupefacenti o alcoliche: in tali casi, i rischi di semplificazione "ascrittiva" sfavorevole all'imputato aumentano esponenzialmente, perché si innesca una sequenza di automatismi presuntivi per cui la condizione di alterazione viene indefettibilmente concepita come causa della violazione più strettamente circolatoria, la quale "spiega" necessariamente la produzione dell'evento, a prescindere da ulteriori verifiche circa la prevedibilità effettiva dell'evento stesso oppure in merito alla possibilità di evitarlo con un comportamento osservante[52].

[52] In dottrina, sui diversi rischi di infiltrazione della responsabilità oggettiva in ambito stradale, in particolare nell'assetto disegnato dalla l. 23 marzo 2016, n. 41, ad esempio, G. Losappio, *La "colpa" nel delitto di omicidio stradale*, in *Parola alla difesa*, 2017, p. 171 ss. In giurisprudenza, opportune le precisazioni (relative alla disciplina precedente alla riforma del 2016) di Cass. pen., Sez. IV, 28 aprile 2015, n. 27164, in *DeJure*, così massimata: «In tema di omicidio colposo, per la configurabilità della circostanza aggravante prevista dall'art. 589, comma 3, n. 2 c.p., non è sufficiente che il guidatore abbia assunto sostanze stupefacenti prima di porsi alla guida ma è necessario che egli intraprenda detta condotta in stato di alterazione psico-fisica determinato dalla assunzione di droghe». Si veda, inoltre, Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio 2017, n. 34375, in *Guida dir.*, 2017, 40, p. 57, che ha annullato con rinvio una sentenza di condanna per omicidio colposo di un automobilista viziata dalla logica del *versari in re illicita*: questo è il giudizio implicito ma comunque chiaro della Cassazione. Il ciclomotore condotto dalla persona offesa, giunto in corrispondenza di un incrocio, aveva rallentato la sua marcia per svoltare a sinistra approssimandosi alla linea di mezzeria, allorquando la conducente, perdendo l'equilibrio, è caduta. In senso opposto proveniva l'automobile condotta dall'imputato che, giunta all'incrocio, ha urtato il corpo della persona offesa, cagionandone la morte. I giudici di merito avevano dichiarato l'imputato colpevole, individuando quale profilo di colpa l'eccessiva velocità tenuta nel sopraggiungere all'incrocio, mentre la Corte di legittimità ha ritenuto tale inosservanza cautelare non bastevole, in quanto «incontestato che la persona offesa aveva perso l'equilibrio improvvisamente, in maniera del tutto autonoma e contestualmente al passaggio dell'autovettura, sì che l'impatto non aveva coinvolto nemmeno il ciclomotore ma solo il corpo della donna nell'atto stesso della caduta, appare evidente l'impossibilità per l'imputato di evitare l'investimento della vittima». In sintesi, la Cassazione ha ritenuto che le (tra loro) concordanti sentenze di merito avessero eluso o comunque svilito il necessario accertamento dell'efficacia del comportamento conforme a cautela (questione riconducibile alla c.d. causalità della colpa); proprio in tal modo riesce spesso a penetrare la logica del *versari in re illicita*, questa volta respinta *in extremis* in sede di legittimità, disponendosi l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, ritenendo evidente la carenza dei presupposti della responsabilità penale colposa, in particolare «perché il fatto non costituisce reato».

Nel contesto "lavorativo", a tacer d'altro, l'impressione è che non di rado si desuma automaticamente dal verificarsi dell'infortunio il dato normativo della colpa del datore di lavoro. Un ruolo decisivo al riguardo è giocato dall'art. 2087 c.c., su cui la giurisprudenza perimetra la portata della posizione di garanzia del datore di lavoro[53]. Si tratta di una norma sussidiaria, che però ha consentito finora di ricostruire qualsiasi tipo di colpa del datore di lavoro, deducendola dalla verificazione dell'evento e a prescindere dall'avvenuto rispetto delle prescrizioni formalizzate nei testi di settore: una sorta di grimaldello per estendere *ex post* la portata del *versari in re illicita* anche dove apparentemente non alberga[54]. Anche quando è davvero difficile ravvisare, a monte, un'autonoma violazione cautelare del datore di lavoro, la giurisprudenza fa leva sugli obblighi, spettanti al datore stesso, di esazione del rispetto delle misure cautelari da parte

---

Per una recente assoluzione basata sulla carenza del riscontro della c.d. causalità della colpa, Trib. Pisa, 12 febbraio 2018, n. 254, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2019, con commento di I. Giugni, *Causalità della colpa e circolazione stradale tra prassi applicative e dubbi irrisolti*.

[53] L'art. 2087 c.c. dispone: «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro». La carenza di connotati modali precisi in tale previsione civilistica ha indotto buona parte della dottrina penalistica a dubitare fortemente che la violazione di una norma precauzionale di per sé non positivizzata dia ugualmente luogo a un'ipotesi di colpa specifica, per indiretta violazione dell'art. 2087 c.c. e quindi di una norma (indubbiamente a sfondo cautelare) scritta. Si veda, ad esempio, P. Veneziani, *I delitti colposi*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, Cedam, 2003, p. 400, il quale, pure, ravvisa una tendenza all'utilizzo dell'art. 2087 c.c. in «funzione addirittura promozionale di una più ampia e compiuta tutela della sicurezza rispetto a standard ricavabili dall'assetto normativo codificato in materia». Più in generale, sul frequente ricorso legislativo a formule che non indichino immediatamente un concetto chiaro piuttosto che un comportamento punito oppure, al contrario, "auspicato", come in ambito cautelare, D. Castronuovo, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2012.

[54] In merito alla tendenza espansiva della responsabilità oggettiva – spesso si ravvisa una responsabilità "di posizione" – nel giudizio di responsabilità colposa in questo settore, diffusamente, ad esempio, A. Roiati, *Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2867 ss.; D. Petrini, *Rischi di responsabilità oggettiva nell'accertamento della colpa del datore di lavoro e dei dirigenti*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 285 ss.

dei lavoratori, quindi l'infortunio risulta comunque addebitabile al garante per non aver controllato e preteso che le cautele venissero osservate. Ciò avviene in base a una sinergia tra la disposizione di cui all'art. 18, comma 1, lett. f, d.lgs. 81/2008 – già così, in precedenza, l'art. 4, lett. c, d.p.r. 547/1955 e poi l'art. 4, comma 5, lett. f, d.lgs. 626/1994 – e la forza "propulsiva" dell'art. 2087 c.c., che conducono, nelle applicazioni giudiziali, a sbarrare la strada ad ogni possibilità di fiducia nei lavoratori, con regolare sacrificio del *Vertrauensgrundsatz* (cioè del principio di affidamento, su cui si tornerà più dettagliatamente nelle pagine dedicate alla responsabilità per fatto proprio) in questo contesto[55].

Come risulta via via più esplicito già sulla base di quanto finora considerato, le varie incarnazioni della logica del *versari in re illicita* rappresentano un tentativo di agganciare la responsabilità oggettiva o a veri e propri elementi di colpevolezza ma insufficienti per l'imputazione dell'intera fattispecie oppure a espressioni meramente embrionali della colpevolezza, in particolare della colpa, prescindendo da un accertamento delle sue plurime articolazioni: il proteiforme universo del *versari in re illicita*, in altre parole, rappresenta tutt'al più una pretenziosa sineddoche rispetto a un'imputazione realmente colpevole[56].

---

[55] Le sanzioni (addirittura) penali a carico del lavoratore in caso di inosservanza degli obblighi a lui rivolti in senso autoprotettivo e l'introduzione, a partire dal d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, di un sistema (oltre che di informazione) di formazione del lavoratore stesso dovrebbero legittimare, almeno in qualche misura, un affidamento del datore di lavoro, la cui sistematica negazione evidenzia invece un'impronta paternalistica degli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi in materia. In argomento, anche per un esame di tali posizioni giurisprudenziali, sia consentito il rinvio a quanto già considerato in M.L. Mattheudakis, *Il principio di affidamento nella dialettica cautelare tra datore di lavoro e lavoratore: un argine al paternalismo?*, in M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, Bononia University Press, 2016, in particolare p. 577 ss. Parla di «dichiarata dissimmetria di posizione degli attori del conflitto sociale», evidente già nella disciplina civilistica, C. Piergallini, voce *Colpa*, cit., p. 239.

[56] La figura retorica menzionata nel testo viene evocata con accezione analoga anche in un recente contributo in materia di responsabilità penale colposa del sanitario proprio per alludere a un'imputazione colpevole amputata di componenti fondamentali: si veda G. Salcuni, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-*sexies *c.p.*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 2 (web), in particolare p. 18, dove si rileva che «la legge Gelli-Bianco ha

2.2. *La Corte costituzionale e la tendenza al superamento della responsabilità oggettiva*

Si è già avuto modo di dire che il percorso verso il superamento della responsabilità oggettiva ha avuto come prima tappa significativa la sentenza n. 364 del 23 marzo 1988 della Corte costituzionale[57], che ha recepito il pensiero garantista della dottrina italiana più sensibile al dato costituzionale[58]. A questa sentenza si attribuisce il merito di aver sancito "ufficialmente" la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, in particolare grazie a una lettura collegata dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost., in base a cui – lo si ripete – data la necessità che la pena tenda alla rieducazione, la responsabilità penale, per essere realmente personale, dovrebbe basarsi su un apporto non solo materiale ma anche «rimproverabile», richiedendo a tal fine «almeno la colpa» del soggetto agente.

Come è noto, la pronuncia in menzione, tuttavia, presenta alcune "ombre" con riferimento alla stessa responsabilità oggettiva, perché "non se la sente" di andare "fino in fondo" e bandirla in assoluto dall'ordinamento penale, ma si limita a escludere che possa porsi

---

corretto la sineddoche utilizzata dalla legge Balduzzi, quindi vi ricomprende sia il profilo oggettivo della colpa sia quello soggettivo».

Su un altro fronte, nel commentare (criticandole, però, in quanto reputate sostanzialmente viziate "per eccesso") le tesi che richiedono la verifica di una vera e propria colpa per l'imputazione delle conseguenze necessariamente non volute di delitti dolosi, si veda la terminologia (evocativa, appunto, della «*parte*» e del «*tutto*») impiegata da A. Carmona, *La responsabilità colpevole è necessariamente solo dolosa o colposa? A proposito della scomparsa delle ipotesi di responsabilità oggettiva*, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, Jovene, 2003, p. 244.

[57] Come già anticipato, si tratta di una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p., «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile»: Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, cit.

[58] In particolare, M. Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 63 ss., in particolare p. 75; D. Pulitanò, voce *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 36; (anche in) Id., *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1974, p. 499 ss. e Id., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 117 s.; F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 51 ss.

come criterio di imputazione degli «elementi più significativi della fattispecie tipica»[59].

L'incertezza relativa a una precisa individuazione di tali «elementi» è questione che viene lasciata in sospeso solo per poco. Nell'autunno dello stesso 1988, con la sentenza n. 1085[60], la "Consulta" è pervenuta a un completamento della "propria" argomentazione: in questi termini pare corretto esprimersi, considerato, in particolare, che anche questa sentenza reca la firma di Renato Dell'Andro[61].

Tra i passaggi più importanti: «Soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l'area del divieto, condizionano, appunto, quest'ultimo

[59] È nel punto 12 del «Considerato in diritto» che si trova il passaggio a ciò dedicato: «a proposito dell'esclusione, nel primo comma dell'art. 27 Cost., del tassativo divieto di responsabilità oggettiva va precisato che (ricordata l'incertezza dottrinale in ordine alle accezioni da attribuire alla predetta espressione) se nelle ipotesi di responsabilità oggettiva vengono comprese tutte quelle nelle quali anche un solo, magari accidentale, elemento del fatto, a differenza di altri elementi, non è coperto dal dolo o dalla colpa dell'agente (c.d. responsabilità oggettiva spuria od impropria) si deve anche qui ribadire che il primo comma dell'art. 27 Cost. non contiene un tassativo divieto di "responsabilità oggettiva". Diversamente va posto il problema, a seguito di quanto ora sostenuto, per la c.d. responsabilità oggettiva pura o propria. Si noti che, quasi sempre è in relazione al complessivo, ultimo risultato vietato che va posto il problema della violazione delle regole "preventive" che, appunto in quanto collegate al medesimo, consentono di riscontrare nell'agente la colpa per il fatto realizzato.

Ma, ove non si ritenga di restringere la c.d. responsabilità oggettiva "pura" alle sole ipotesi nelle quali il risultato ultimo vietato dal legislatore non è sorretto da alcun coefficiente subiettivo, va, di volta in volta, a proposito delle diverse ipotesi criminose, stabilito quali sono gli elementi più significativi della fattispecie che non possono non essere "coperti" almeno dalla colpa dell'agente perché sia rispettato da parte del disposto di cui all'art. 27, primo comma, Cost. relativa al rapporto psichico tra soggetto e fatto"».

In termini critici, tra gli altri, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 427, per cui le ambiguità della Corte rischierebbero «in tal modo di legittimare ulteriori ritardi sulla via della doverosa integrale soggettivazione di ogni imputazione penale».

[60] Si tratta, di nuovo, di una declaratoria parziale di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost., questa volta relativa alla fattispecie di "furto d'uso". La sentenza dichiara incostituzionale l'art. 626, comma 1, n. 1, c.p. «nella parte in cui non estende la disciplina ivi prevista alla mancata restituzione, dovuta a caso fortuito o forza maggiore, della cosa sottratta»: Corte cost., 30 novembre 1988, n. 1085, cit.

[61] Muta giusto la presidenza della Corte, non più di Francesco Saja, ma di Giovanni Conso.

o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi) si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex* art. 27, primo comma, Cost.». Poco oltre: «Perché l'art. 27, primo comma, Cost., sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati».

A queste puntualizzazioni la sentenza arriva dopo aver destituito di fondamento le opinioni che ritenevano legittimo fare ricorso alla logica del *versari in re illicita* in relazione al "furto d'uso", nell'accertamento del quale, la mancata restituzione del bene, anche se per caso fortuito o forza maggiore, nonostante la diversa intenzione, veniva considerata idonea a configurare la più severa disciplina del furto *ex* art. 624 c.p. Il rigetto del radicato principio canonistico non è qui tanto fatto dipendere da particolarità della disciplina di parte speciale sottoposta a giudizio, ma – ed è ciò che più conta – assume portata generale; esso cioè viola sempre la Costituzione: «tale principio contrasta con l'art. 27, primo comma, Cost.». Ancora: «È ben vero che la massima: "*qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*" implica già, almeno solitamente, un collegamento subiettivo tra il reo ed un dato (di regola evento) senza del qual collegamento non si avrebbe il "*versari in re illicita*": così, nella specie all'esame del giudice "*a quo*", il dolo della sottrazione e dell'impossessamento della cosa mobile altrui. Ma non per tal ragione è costituzionalmente legittimo addebitare all'agente anche gli ulteriori eventi (nella specie, mancata restituzione della cosa per caso fortuito o forza maggiore) nella produzione dei quali la volontà del reo è rimasta totalmente estranea e che, pertanto, non sono rimproverabili allo stesso reo»[62].

Dopo le fondative acquisizioni del 1988, si è dovuto aspettare il cambio di secolo per una nuova "dirompente" pronuncia sul princi-

[62] Tutti i passaggi riportati nel testo si riferiscono al punto 5 del «Considerato in diritto».

pio di colpevolezza, lungo il cammino verso il superamento definitivo della responsabilità oggettiva[63].

L'occasione si è presentata nel 2007, al primo vaglio di costituzionalità dell'art. 609-*sexies* c.p. (nel testo in vigore fino alla riforma attuata con la l. 1° ottobre 2012, n. 172) [64], dopo che una disposizione previgente di identico contenuto (prevista dall'abrogato art. 539 c.p.) era stata più volte "salvata" dalla "Consulta" ricorrendo a una lettura riduttiva dell'art. 27 Cost., talvolta accompagnata da argomentazioni discutibili sul piano della struttura del reato[65].

Al momento del giudizio, la norma recepiva la logica di intol-

---

[63] Si veda, comunque, nel frattempo, la non trascurabile estensione della scusabilità dell'errore inevitabile all'ambito del diritto penale militare – il riferimento è all'art. 39 c.p.m.p., rubricato «Ignoranza dei doveri militari», e formulato in termini analoghi all'art. 5 c.p.: «Il militare non può invocare a propria scusa l'ignoranza dei doveri inerenti al suo stato militare» – tramite la sentenza n. 61 del 20 febbraio 1995 (estensore Giuliano Vassalli): Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 61, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2054 ss., con commento di D. Brunelli, *L'ignoranza inevitabile dei doveri militari dopo la manipolazione dell'art. 39 c.p. mil. pace: Nuovi spazi per l'imputazione dolosa della «culpa iuris»?*, c. 2054 ss.

La questione di legittimità costituzionale accolta dalla Corte nel 1995 era stata proposta più volte in precedenza, persino dopo la sentenza n. 364 del 1988. Tra le pronunce più significative, Corte cost., 18 maggio 1989, n. 325 (estensore Ettore Gallo) – dichiarativa della inammissibilità della questione per carenza di motivazione del giudice *a quo* sulla rilevanza concreta della questione stessa – in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 1494 ss., con commento di D. Pulitanò, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di errore*, p. 1501 ss. Per un altro autorevole commento della stessa pronuncia, T. Padovani, *L'ignoranza dei doveri militari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1989, p. 641 ss.

[64] La norma sottoposta a giudizio di legittimità costituzionale era la seguente: «Quando i delitti previsti negli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* sono commessi in danno di persona minore di anni quattordici, nonché nel caso del delitto di cui all'articolo 609-*quinquies*, il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa».

[65] Emblematica è la sentenza del 26 giugno 1957, n. 107, in *Giur. cost.*, 1957, p. 1005 ss., con commento di G. Vassalli, *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità obiettiva per fatto proprio*, p. 1005 ss., di taglio critico, ancorché non rispetto alla valutazione di conformità a Costituzione di simili ipotesi di responsabilità oggettiva. In questa pronuncia, dopo aver limitato la portata dell'art. 27, comma 1, Cost. al divieto di responsabilità per fatto altrui, la Corte era pervenuta all'artificiosa qualificazione dell'età della persona offesa nei reati sessuali quale «condizione (non obiettiva) di punibilità», per tale via escludendo che un eventuale riconoscimento (in quella stessa occasione negato) della costituzionalizzazione del principio di colpevolezza potesse comportare il superamento dell'imputazione oggettiva del dato anagrafico in questione.

leranza assoluta della formulazione originaria dell'art. 5 c.p., riproponendola, nell'ambito dei delitti sessuali, per l'ignoranza dell'età infraquattordicenne del soggetto coinvolto dalla commissione del reato: elemento di rango circostanziale in alcuni casi, ad esempio con riferimento al delitto di violenza sessuale (artt. 609-*bis* e 609-*ter* c.p.), ma vero e proprio elemento costitutivo del reato in altre ipotesi, come nell'ambito dei delitti di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.) e corruzione di minorenne (art. 609-*quinquies* c.p.).

La sentenza n. 322 dell'11-24 luglio 2007[66], pur non pervenendo a una declaratoria di illegittimità costituzionale, nemmeno parziale, ha colpito comunque nel merito una delle residue ipotesi di palese responsabilità oggettiva (allora) nel codice, peraltro, in relazione a un elemento dell'illecito diverso dall'evento: una responsabilità oggettiva, dunque, non dipendente dal paradigma del *versari in re illicita*.

La Corte prosegue sulla linea interpretativa tracciata dalle pronunce del 1988 e riconosce che con esse è stata segnata una vera e propria «evoluzione della giurisprudenza costituzionale riguardo alla valenza del parametro evocato», cioè il principio di personalità della responsabilità penale *ex* art. 27, comma 1, Cost., arricchito di ineludibili istanze di colpevolezza. Così, dopo aver concordato con il rimettente sulla necessità di riconsiderare gli argomenti alla base dei precedenti giudizi sull'analoga disposizione previgente rispetto all'art. 609-*sexies* c.p., osserva condivisibilmente che «nel reato di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), oggetto del giudizio *a quo*, l'età infraquattordicenne dell'offeso rappresenta l'elemento su cui gravita l'intero disvalore della fattispecie tipica. In effetti, è proprio e soltanto il dato anagrafico che – facendo scattare la presunzione *iuris et de iure* di incapacità della vittima a prestare un valido consenso agli atti sessuali – segna il confine tra il fatto delittuoso ed un rapporto sessuale lecito tra soggetti consenzienti»; con la conseguenza che l'elemento dell'età «deve poter essere collegato all'agente anche dal punto di vista soggettivo, così da rendere la sua condotta, alla stregua delle indicazioni proposte dalla sentenza n.

[66] Corte cost., 11 luglio 2007, n. 322, cit.

364 del 1988, espressiva di un "rimproverabile" contrasto o indifferenza rispetto ai valori sanciti dalla norma incriminatrice»[67].

Come già si capisce, questa sentenza, come quelle del 1988 prima richiamate, è importante anche e soprattutto per la portata generale – di "parte generale" si potrebbe pure dire – delle argomentazioni che vi si leggono, riconducibili, nel dettaglio, a un giurista del calibro di Giovanni Maria Flick, il quale ha opportunamente chiarito che «il principio di colpevolezza non può essere "sacrificato" dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale. I principi fondamentali di garanzia in materia penale, difatti, in tanto si connotano come tali, in quanto "resistono" ad ogni sollecitazione di segno inverso». Di talché, «il legislatore ben può – nell'ambito delle diverse forme di colpevolezza – "graduare" il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto, in rapporto alla natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati: pretendendo dall'agente un particolare "impegno" nell'evitare la lesione dei valori esposti a rischio da determinate attività. Ma in nessun caso gli è consentito prescindere *in toto* dal predetto coefficiente; altrimenti, stabilire quando ricorrano esigenze repressive atte a giustificare una "rinuncia" al requisito della colpevolezza – in vista della tutela di altri interessi di rango costituzionale, come, di norma, quelli protetti in sede penale – diverrebbe un apprezzamento rimesso alla mera discrezionalità legislativa: con conseguente svuotamento delle accennate funzioni, "garantistica" e "fondante", del principio di colpevolezza»[68]. Non può passare inosservata una descrizione del principio di colpevolezza come sostanzialmente «*non negoziabile* rispetto a qualsiasi contro interesse o preoccupazione di tutela»[69].

Più avanti, viene criticata l'impostazione del *petitum* da parte del giudice *a quo*, prospettante una pronuncia completamente ablatoria dell'art. 609-*sexies* c.p., mentre, per la Corte, «la norma censurata potrebbe ritenersi lesiva del principio di colpevolezza non certo per il mero fatto che essa deroga agli ordinari criteri in tema di im-

[67] Punto 2.2 del «Considerato in diritto».

[68] Punto 2.3 del «Considerato in diritto».

[69] In questi termini dà opportunamente risalto alla fondamentale considerazione della Corte D. Pulitanò, *Personalità della responsabilità*, cit., p. 1233.

putazione dolosa; ma, semmai, unicamente nella parte in cui neghi rilievo all'ignoranza o all'errore inevitabile sull'età»[70]. Riservando alle pagine specificamente dedicate ai reati sessuali un maggiore approfondimento di tale passaggio, va notato sin d'ora come si tratti di una presa di posizione di generale importanza nell'ottica di questa trattazione sull'imputazione colpevole differenziata, perché sembra confermare, nemmeno troppo implicitamente, la praticabilità, dal punto di vista costituzionale, di una diversa modulazione dei coefficienti di colpevolezza all'interno del singolo illecito.

Ancora con riferimento al *petitum*, l'inadeguatezza della sua formulazione risulta aggravata da una carenza di motivazione sulla rilevanza della questione nel caso concreto. Questi plurimi vizi vengono ritenuti sufficienti per compromettere il ricorso a una pronuncia di accoglimento[71], ma la Corte lascia intendere che, anche in loro assenza, un esito del genere non sarebbe stato scontato, dato l'onere di procedere al tentativo di un'interpretazione conforme, la cui praticabilità – nemmeno considerata dal giudice *a quo* – osterebbe a una declaratoria di incostituzionalità. La sentenza ricorda infatti che «il principio di colpevolezza – quale delineato dalle sentenze n. 364 e n. 1085 del 1988 di questa Corte – si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatici; ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti. Aspetto, quest'ultimo, che viene in particolare rilievo nel caso di specie, in quanto si tratta di norma reiterata, nel passaggio dall'art. 539 cod. pen. all'art. 609-*sexies* cod. pen., dopo che già questa Corte aveva, con le richiamate pronunce, affermato – con riferimento al principio di personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, primo comma, Cost. – l'esistenza nella tavola dei valori costituzionali di un principio di necessaria colpevolezza, ragguagliato quanto meno al

[70] Punto 3.2 del «Considerato in diritto». Il tenore della sentenza toglie ogni dubbio sull'apparente "debolezza" semantica dell'avverbio «semmai», poiché per la Corte non rimane affatto un'ipotesi indimostrata il contrasto tra l'imputazione oggettiva dell'età e il principio di colpevolezza.

[71] In merito alla «precisazione del *petitum*», si veda ora V. Manes, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue "insidie"*, in V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, cit., pp. 378 ss. e 382 ss.

"*minimum*" dell'ignoranza o dell'errore inevitabile: incida esso sulla norma o sugli elementi normativi del fatto, come nei casi esaminati dalle sentenze n. 364 del 1988 e n. 61 del 1995; ovvero sugli elementi del fatto stesso, come nell'ipotesi di specie»[72].

La Corte ha prospettato così al giudice la via dell'interpretazione conforme a Costituzione, lasciando intravvedere l'immediata fruibilità del "correttivo" in grado di escludere la responsabilità penale a fronte di ipotesi di ignoranza inevitabile della giovane età della persona offesa.

Il progredito livello di valorizzazione del principio di colpevolezza raggiunto dalla Corte costituzionale con la sentenza del 2007 consente di ribadire, ancora una volta e con decisione, il rifiuto della responsabilità oggettiva come criterio di imputazione penale.

Vero è che la progressiva estensione dell'ambito applicativo di primarie garanzie costituzionali è forse più marcata con riferimento a principi diversi rispetto al *nullum crimen sine culpa*. La dottrina non manca infatti di lamentarne continui tradimenti, ma ciò facendo – beninteso – lascia inequivocabilmente intendere che suonerebbe anacronistico cercare di individuare spazi attuali di legittimazione della responsabilità oggettiva.

2.3. *La portata correttiva del* nullum crimen sine culpa *e l'illecito penale di "risulta"*

A livello di metodo, dalla pronuncia della Corte costituzionale del 2007 si ricava (in termini di "specialità" rispetto a quanto già affermato in via generale dalla stessa giurisprudenza costituzionale almeno dal decennio precedente) l'indicazione che l'interprete, di fronte a una norma "sospetta" quanto al rispetto del principio di colpevolezza, deve «verificare la praticabilità di una interpretazione *secundum Constitutionem*». Se praticabile, in quanto ancora compatibile col dettaglio legale, in particolare con i «cancelli delle parole», per dirla con Natalino Irti[73], l'interpretazione conforme im-

[72] Punto 4.1. del «Considerato in diritto».

[73] N. Irti, *I 'cancelli delle parole'*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015. La metafora è poi ripresa anche in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli,

plica una diretta sostituzione della responsabilità oggettiva rispetto a uno o più elementi del reato con la colpa, la quale verrebbe "innestata" in un fatto che, per il resto, può anche essere doloso.

A favore dell'interpretazione conforme potrebbe giocare il fatto che la responsabilità oggettiva non sempre è stata affermata nell'ordinamento ricorrendo a espressioni che non lasciano scampo semanticamente. A differenza della colpa, che richiede, almeno nei delitti, un supporto testuale piuttosto univoco, e più similmente al dolo, la cui ordinarietà nello stesso ambito delittuoso consente di prescindere da una sua menzione esplicita, la responsabilità oggettiva si presenta non di rado per quello che è nella sua "semplicità": cioè una forma di responsabilità senza né dolo né colpa. Questa sua fisionomia "in negativo" potrebbe ben conciliarsi, dal punto di vista della "struttura" testuale, con l'accoglimento di un fattore di colpevolezza quale la colpa: si tratterebbe, in questo senso, più che di una sostituzione, di una modificazione "per aggiunta". Proprio questo, in fondo, è il senso delle pronunce additive della Corte costituzionale come la n. 364 e la n. 1085 del 1988 nonché, nella sostanza (trattandosi di pronuncia di inammissibilità, che può solo prospettare un'interpretazione conforme), la n. 322 del 2007[74].

Resta fermo che, a fronte di una disposizione "viziata" da profili di responsabilità oggettiva difficilmente eludibili in qualsiasi interpretazione consentita dal testo, sembra essere percorso obbligato quello della rimessione degli atti alla Corte costituzionale per ottenere la declaratoria di illegittimità della disposizione stessa[75]. Pure

---

2016, in particolare pp. 57 ss. e 73 s., ove una profonda e più generale riflessione sul «problema del linguaggio» e sulla possibilità che «le decisioni giudiziarie tornino *in razionale* calcolabilità» (p. 73).

[74] Per un confronto tra le sentenze additive e quelle sostitutive della Corte in materia penale, non mancando di rilevare, in entrambi i casi, profili di tensione col principio di riserva di legge, specie quando si tratti di pronunce con effetti *in malam partem* (e allora, anzi, si parla di «pronunce precluse»), V. Napoleoni, *Il sindacato di legittimità costituzionale* in malam partem, in V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, cit., pp. 478-480.

[75] Nella prospettiva di *self-restraint* sviluppata nel tempo dalla "Consulta", rimarrebbero quali ostacoli principali quello della concreta rilevanza della questione per la decisione del caso concreto e quello della calibrata formulazione del *petitum*, come evidenziato dalla sentenza del 2007 di cui ampiamente si è appena dato conto.

in quest'ultimo genere di ipotesi, in particolare quando la "Consulta" perviene a una pronuncia di illegittimità parziale, la disciplina di "risulta" può dare luogo a forme di imputazione mista di dolo e colpa con riferimento agli elementi di tipicità del fatto: questa la differenza rispetto all'introduzione di un parametro sostanzialmente colposo (basato sull'evitabilità dell'ignoranza) nella dimensione operativa dell'art. 5 c.p., che pur interessando profili di colpevolezza decisivi per la punibilità non riguarda direttamente l'imputazione dolosa o colposa dei singoli elementi costitutivi dell'illecito.

In ogni caso, nelle indicazioni metodologiche della Corte trova piena valorizzazione l'esigenza sintetizzata dal brocardo *nullum crimen sine culpa*, implicando ciò una duplice convalida dell'opzione, qui accreditata, di relazionarsi alla responsabilità oggettiva soprattutto tramite un raffronto differenziale con la colpa.

In primo luogo, come si è visto, la colpa è il coefficiente di colpevolezza che prende il "posto" della responsabilità oggettiva "espressa" (quella più o meno apertamente fondata sulla previsione dell'art. 42, comma 3, c.p., essa stessa incostituzionale)[76], tramite una soluzione di "innesto" correttivo di un valore di base, che esprime cioè il primo livello accettabile di partecipazione rimproverabile nella realizzazione del fatto di reato: in questo senso si può parlare di *progressione* della colpa[77].

Ciò avviene non senza tensioni per il principio di riserva di legge: la selezione dell'area della punibilità viene così ritagliata "per mano esterna" e problematicamente rispetto al requisito della previsione espressa della responsabilità colposa *ex* art. 42, comma 2, c.p., anche se, a ben vedere, quest'ultima criticità è ridimensionabile alla luce del fatto che si tratta pur sempre di un intervento *in bonam partem*. Piuttosto – e questa è un'insidia dovuta alla non semplice affermazione, sul versante pratico, di questa versione (costituzional-

[76] In dottrina, per tutti, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 426 ss.

[77] È la stessa Corte costituzionale che, a partire dalla sentenza n. 364 del 1988, con riferimento alla colpevolezza del soggetto, riconosce una scala di valori in cui la responsabilità oggettiva non raggiunge la soglia della "sufficienza", mentre la colpa rappresenta la base e nel dolo si vede un (ulteriore) *quid pluris*. Proprio ciò sembra dire la "Consulta" quando richiede «almeno» la colpa affinché la realizzazione del fatto possa considerarsi rimproverabile.

mente orientata) della «legalità della colpevolezza» – rimangono difficilmente scongiurabili violazioni quotidiane del principio di uguaglianza sul territorio nazionale, dato che spetta poi alla magistratura ordinaria (al singolo P.M., al singolo giudice, al singolo collegio) recepire in pieno il messaggio della Corte costituzionale e rileggere in termini di "conformità" le norme di legge.

Si rifletta su questo interrogativo: persino dopo il 2007, specialmente con riferimento all'omicidio preterintenzionale, può davvero dirsi trascurabile il numero delle sentenze di condanna pronunciate (e "ratificate" anche in Cassazione) opponendo resistenze alla necessità di accertare seriamente la colpa (in favore delle più varie declinazioni della responsabilità oggettiva rispetto all'evento più grave di quello voluto), in quanto non espressamente menzionata dal legislatore? Come si dirà meglio a breve, le pronunce di questo genere sembrano essere la maggior parte. Non di rado, quindi, si ha l'impressione di trovarsi di fronte a "residuati bellici" di un'altra epoca, non del tutto "disinnescati" e in grado di veicolare ancora, surrettiziamente, la responsabilità oggettiva.

Non indifferenti nemmeno le possibili implicazioni di politica criminale, dato che il legislatore repubblicano, "erede" tanto del codice Rocco quanto della Costituzione, con la sua responsabile (colpevole) inerzia, lascia "in circolazione" istituti punitivi "deformati", di fisionomia anche molto diversa rispetto a quelli coniati nel 1930 e che consentirebbero – il condizionale è d'obbligo alla luce della prassi – oggi una tutela non di rado depotenziata dei beni giuridici coinvolti, se non altro perché la necessità di accertare la colpa tende ad appesantire il carico probatorio per l'accusa, delineando un nuovo equilibrio tra prevenzione generale e colpevolezza.

Nella migliore delle ipotesi, si tratterebbe di fattispecie rese "sterili", come nel caso dell'art. 83 c.p. Trasformarlo interpretativamente in una norma "doppione" della disciplina del concorso di reati[78] pare

[78] Per la constatazione di tale effetto, S. Canestrari, *L'*aberratio delicti *e la responsabilità preterintenzionale: un istituto… in via di estinzione ed una categoria normativa da ricostruire*, in A.M. Stile (a cura di), *Responsabilità oggettiva*, cit., p. 439, per cui richiedere l'effettiva sussistenza della colpa «decreterebbe la superfluità dello stesso art. 83 c.p., che finirebbe per disciplinare una materia già regolata dall'art. 43, 1° comma, 3° alinea, c.p.».

un "male" accettabile e sicuramente minore rispetto a farlo operare come forma di responsabilità oggettiva. Del resto, in linea generale, anche se ciò può non corrispondere appieno a canoni di "economia" legislativa – non si ignora un principio consolidato nella teoria del diritto come quello della lettura "conservatrice" della norma[79] – ragioni di chiarezza "settoriale" potrebbero comunque legittimare il legislatore a dettare discipline speciali con gli stessi esiti applicativi di quelle generali[80].

Non è nemmeno escluso che la combinazione di dolo e colpa che si realizza sostituendo la (parziale) responsabilità oggettiva con la colpa sia meno funzionale alle esigenze di tutela del bene giuridico di un'imputazione completamente colposa, che *de iure condendo* potrebbe rappresentare un'opzione valida per il legislatore. Gli interventi di ortopedia costituzionale, insomma, non necessariamente implicano un buon risultato di politica criminale.

Anche per tale ordine di ragioni, oltre che per guadagnare in termini di certezza del diritto (riducendo cioè il *gap* tra lettera della legge e sue effettive possibilità di applicazione), sarebbe preferibile che intervenisse tempestivamente il Parlamento (in via diretta o, for-

---

[79] Ne è espressione, in sede civilistica, l'art. 1367 c.c., rubricato «conservazione del contratto»: «Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno». La disposizione è senz'altro suggestiva riguardo al discorso che si sta sviluppando, ma interessa specificamente il diritto civile, nel quale, in una visione più ampia della questione, si può riconoscere che l'anomia rispetto alla questione concreta sia vissuta come un problema a cui fare fronte, mentre nel diritto penale ci sono ragioni identitarie della materia che inducono a trattarla come uno spazio per così dire libero, secondo l'efficace metafora del diritto penale frammentario delle isole nel mare della libertà. Si tratta di una figura retorica evocata spesso in dottrina, a partire da G. Bettiol, *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 713; inoltre, T. Padovani, L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 29; F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. fior.*, 2007, p. 1307; T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1/2015, p. 57.

[80] In termini assonanti, F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 441 ss., in particolare p. 442, ove si afferma che «l'interpretazione conservatrice del disposto legislativo deve cedere il passo all'istanza di un'interpretazione secondo il principio costituzionale, anche se ciò comporta l'attribuzione alla norma di una funzione meramente chiarificatrice della disciplina legislativa».

se più plausibilmente, delegando il Governo)[81] per adeguare (quando non siano piuttosto da eliminare) le norme in "odore" di incostituzionalità ai principi fondamentali in materia penale, procedendo a una contestuale verifica volta a calibrare il "nuovo" diritto con le effettive esigenze di tutela persistenti o sopravvenute.

Come esempio in tal senso, si può citare la riformulazione legislativa proprio dell'art. 609-*sexies* c.p., avvenuta nel 2012 e con cui si è "ratificata" appunto la prospettiva di conformazione affacciata dalla Corte costituzionale, prevedendo ora esplicitamente che «il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile»[82]. Tale intervento legislativo è qui menzionato con particolare pertinenza, non solo in quanto riguarda una disposizione codicistica centrale per la messa a fuoco dell'universo dell'imputazione colpevole differenziata, come si avrà modo di vedere meglio, ma anche perché ha rappresentato l'occasione per innalzare la soglia d'età (portandola da quattordici a diciotto anni) entro la quale rendere operativa la particolare disciplina normativa; ciò, evidentemente, per motivi che (a prescindere dalla

---

[81] Sui delicati equilibri tra fonte parlamentare e governativa, ampiamente, C. Cupelli, *La legalità delegata*, cit., p. 15 ss.

[82] Così ha inciso la l. 1° ottobre 2012, n. 172, peraltro introducendo nel codice il nuovo art. 602-*quater* c.p., riferito alla sezione dei delitti contro la personalità individuale, una previsione particolarmente assonante, rubricata sempre «Ignoranza dell'età della persona offesa»: «Quando i delitti previsti dalla presente sezione sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile».

Altri esempi di intervento legislativo volto a rendere conformi con la Costituzione istituti penalistici preesistenti sono la l. 4 marzo 1958, n. 127, che ha inserito nell'art. 57 c.p. un riferimento alla colpa per la configurazione della responsabilità del direttore (o vice-direttore) di stampa periodica – per una ricognizione sintetica delle diverse letture maturate prima e dopo la riforma, sia consentito il rinvio a M.L. Mattheudakis, *Art. 57*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 364-366; per una trattazione più esaustiva, invece, A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene, 2013, p. 5 ss. – e la l. 7 febbraio 1990, n. 19, con cui si è superato il regime di imputazione oggettiva delle circostanze aggravanti, modificando l'art. 59, comma 2, c.p., su cui, tra i primi commenti, in particolare, A. Melchionda, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1433 ss.

loro condivisibilità) vanno ben oltre la stretta necessità di introdurre un parametro di colpevolezza, mirando a soddisfare per lo più esigenze di ragionevolezza normativa relative al micro-sistema di parte speciale di riferimento[83].

In secondo luogo, come già accennato, il riferimento alla colpa e, soprattutto, alla sua raffinata elaborazione teorico-pratica in più livelli fornisce le armi migliori per impedire che la responsabilità oggettiva, debellata nelle sue vesti "ufficiali", continui a filtrare in modo "occulto" grazie a flessioni, non rare nemmeno in ambito doloso, nell'accertamento della colpevolezza del caso concreto[84]. Si osserva, peraltro, che le ipotesi di responsabilità oggettiva "occulta", se sono oggi incostituzionali, prima erano comunque illegali, poiché il comma 3 dell'art. 42, sin dall'entrata in vigore del codice, subordina l'operatività della responsabilità oggettiva all'esistenza di una previsione legale: «La legge determina i casi […]». Nel rispetto di tale vincolo, la necessità di procedere almeno con lo stesso rigore richiesto per la colpa, con conseguente limitazione ai casi di previsione espressa, si impone per ragioni di coerenza del sistema. Infatti, rispetto alla colpa, la responsabilità oggettiva rappresenta *ab origine* un'ipotesi ulteriormente estensiva dell'area della punibilità, esigendo, dunque, almeno le stesse formali garanzie (di legalità), per quanto associare queste ultime a una specie di responsabilità incolpevole possa risuonare, oggi, come un ossimoro.

---

[83] Sul tema si tornerà più approfonditamente nell'apposito capitolo della trattazione, constatando peraltro come anche la disciplina attuale sia comunque criticabile sul piano del rispetto dei prinicipi costituzionali, essenzialmente per aver riproposto la parificazione di trattamento sanzionatorio (quantomeno a livello edittale) della conoscenza effettiva dell'età e della mera conoscibilità di essa.

[84] Sulla dicotomia tra responsabilità oggettiva "espressa" e "occulta", tra i contributi relativamente più recenti, F. Mantovani, *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 767 ss., ove, peraltro, si evidenzia l'esigenza di «recupero» di un «dolo colpevole» (p. 774 ss.).

3. *La preterintenzione come prototipale ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso stretto*

3.1. *L'inquadramento dell'istituto, tra coordinate legali e costituzionali. Primi cenni alla disciplina di imputazione delle aggravanti*

Il percorso sviluppato finora sembra consentire di addentrarsi nella complessa analisi della preterintenzione con importanti punti di riferimento.

Si tratta di una categoria alla quale la dottrina ha dedicato non pochi studi, anche di recente, nel tentativo di raggiungere un equilibrio tra suggestioni provenienti dalle origini storiche dell'istituto, dato legale, principi costituzionali ed esigenze di congruenza sistematica[85].

Nella prospettiva di far emergere la rappresentatività della preterintenzione nel contesto dell'imputazione colpevole differenziata, l'attenzione deve qui essere subito indirizzata ai profili concernenti la scomposizione in due "segmenti" ideali dell'illecito e, soprattutto, alla disciplina di imputazione di essi.

Il punto di partenza, anche in questo caso, deve essere il dato legale, cioè la definizione di delitto preterintenzionale fornita dall'art. 43, comma 1, 2° alinea, c.p.: «Il delitto è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente».

---

[85] Tra le monografie dedicate interamente all'argomento, tutte oggetto di plurime citazioni specifiche in questa sede, S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, Cedam, 1989; M. Caterini, *Il reato eccessivo*, cit.; L. Staffler, *Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik. Zur Auslegung der Körperverletzung mit Todesfolge im Rechtsvergleich Deutschland und Italien*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, in particolare pp. 46 ss. e 181 ss. (opera a cui si rinvia, più in generale, anche per un'aggiornata ricognizione della vastissima dottrina di lingua tedesca in argomento); V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale*. Pure come *species* del *genus* "omicidio improvviso", Pisa, Pisa University Press, 2016, che si segnala perché cerca di porre l'accento sul carattere spesso improvviso dell'omicidio preterintenzionale (in particolare pp. 125 ss., 181 ss. e 231 ss.), sviluppando un rilievo criminologico che non pare infondato come in parte emergerà dalle considerazioni che verranno sviluppate nella trattazione in corso affrontando specialmente la legittima difesa. Ancorché, in una prospettiva più ampia, fondamentale è anche l'ampio studio di F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit.

Di importanza centrale è il riferimento al superamento dell'intenzione, che, però, non consente di capire come, esattamente, imputare l'evento più grave (di quello voluto), rispetto al quale si ricava solo che non deve esserci dolo (*rectius*: volontà)[86]. È proprio questa la problematica interpretativa su cui si è registrata una proliferazione di letture diverse sia in dottrina che in giurisprudenza, per lo più con riferimento alle applicazioni dell'unica fattispecie espressamente definita preterintenzionale dal legislatore, cioè il delitto di omicidio preterintenzionale disciplinato dall'art. 584 c.p., che punisce con la reclusione da 10 a 18 anni il cagionare la morte di una persona «con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582», cioè percosse oppure lesioni personali (dolose).

Gli orientamenti maturati possono essere considerati nell'ambito di una generale bipartizione, in cui la contrapposizione è tra un filone che ritiene corretto ricostruire la preterintenzione come ipotesi di dolo per il primo "segmento" del reato, a cui l'evento sarebbe collegato dal mero nesso di causalità – quindi si tratterebbe di una responsabilità (parzialmente) oggettiva, secondo lo schema del *versari in re illicita* – e, sull'altro fronte, un raggruppamento di posizioni che propendono, già *de iure condito*, pur con importanti differenze tra loro, per l'affiancamento all'addebito doloso del fatto di base di un criterio d'imputazione sostanzialmente colposo dell'evento ulteriore. Si tratta di un panorama particolarmente variegato, in cui, da un lato, le differenze tra alcune posizioni apparentemente distanti tendono, di fatto, a ridursi, fino all'"evaporazione", come quando viene speso il nome della colpa (in astratto o per violazione di leggi) ma la realtà delle cose lascia intendere di essere in presenza di un mero «travestimento verbale della responsabilità oggettiva»[87]; dall'altro lato, tra coloro che si sforzano di allineare realmente la

---

[86] Si noti, ancora una volta, il riferimento in accezione sinonimica all'intenzione e alla volontà nel linguaggio codicistico.

[87] Così, trattando l'omicidio preterintenzionale, S. Canestrari, *Delitti contro la vita*, in S. Canestrari, L. Cornacchia, A. Gamberini, G. Insolera, V. Manes, M. Mantovani, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., p. 532 (analogamente già in, Id., voce *Preterintenzione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, Utet, 1995, p. 701, ove si parlava di «insidioso camouflage della responsabilità oggettiva»); negli stessi termini, M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 352.

preterintenzione al principio di colpevolezza, le differenze più vistose non paiono trascurabili e attengono soprattutto alla possibilità di configurare vere e proprie regole cautelari in contesti illeciti e, in tal caso, a quale tipo di parametro ideale fare riferimento per ricavare le condotte preventive in grado di alimentare il giudizio di colpa.

Che la responsabilità oggettiva, comunque vi si pervenga, non possa però sorreggere l'addebito dell'evento più grave di quello voluto nel quadro del delitto preterintenzionale è conclusione che pare indotta da almeno due ordini di considerazioni.

In primo luogo, il codice contempla la possibilità di "ascrizioni" obiettive dell'evento in via apertamente residuale rispetto ai casi di delitto doloso, colposo o preterintenzionale. Salvo voler ritenere che l'espressione «altrimenti» non implichi necessariamente il riferimento a qualche cosa che sia davvero diverso – ma, allora, non se ne comprenderebbe agevolmente il significato – preterintenzione e responsabilità oggettiva devono quindi essere considerate realtà normative basate su criteri di imputazione non fungibili.

In secondo luogo, in assenza di ostacoli (in particolare testuali) che ne precludano la praticabilità, l'incertezza di cui si sta trattando può e deve essere superata ricorrendo all'interpretazione *secundum Constitutionem*, come – lo si è visto – indica la Corte costituzionale (anche) nella sentenza n. 322 del 2007. Il che significa che l'evento ulteriore deve essere imputato colposamente, peraltro in armonia con la collocazione del delitto preterintenzionale in posizione intermedia tra quello doloso e quello colposo nell'elenco definitorio dell'art. 43 c.p.[88].

Non sembra esserci accettabile alternativa a questa soluzione, perché, "verso l'alto", si ha l'insuperabile indicazione legislativa che l'evento qualificante non può essere voluto, mentre, "verso il basso", la Costituzione presenta uno sbarramento all'ingresso (o alla permanenza) della responsabilità oggettiva in relazione a un elemento che

[88] Tra coloro che valorizzano la scelta codicistica di frapporre la definizione di delitto preterintenzionale tra quella di delitto doloso e quella di delitto colposo, S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 35, secondo il quale, tuttavia, la preterintenzione non rappresenta un «terzo ed indefinibile grado di colpevolezza». In senso analogo, ad esempio, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 449 e 450.

è sicuramente tra i più significativi della fattispecie, come si deduce dalla lettura congiunta delle (già considerate) sentenze n. 364 e n. 1085 del 1988 e, concretizzando ulteriormente il discorso, dal fatto che l'evento morte, che qualifica l'unico delitto espressamente denominato preterintenzionale, gioca un ruolo enorme nella quantificazione della pena. Se, come sembra dalla formulazione dell'art. 584 c.p., il legislatore ha reputato sufficiente che il fatto doloso di base si sostanzi anche solo in un tentativo di percosse[89], di per sé sanzionabile con una pena che, *ex* artt. 581 e 56 c.p., può persino non superare un anno di reclusione, è evidente come lo slittamento sanzionatorio verso una cornice edittale che va da 10 a 18 anni di reclusione al ricorrere della conseguenza mortale riconosca a tale evento un tasso di disvalore notevolissimo nell'economia della fattispecie "complessa". Contestualizzando quindi le indicazioni della "Consulta", che non possono certo essere disinvoltamente ignorate, l'evento più grave di quello voluto non deve essere "coperto" da un coefficiente di colpevolezza qualsiasi purché «almeno dalla colpa», come invece prevede il § 18 StGB tedesco («wenigstens Fahrlässigkeit»); può qui venire in rilievo, infatti, necessariamente *soltanto* la colpa[90].

---

[89] In dottrina, peraltro, taluno ha posto l'accento sul fatto che (mentre la proiezione delittuosa degli atti è chiaramente menzionata, ancorché spoglia del carattere di univocità) manca un richiamo espresso del requisito dell'idoneità degli atti: ad esempio, C.F. Grosso, *Rapporti tra condotta ed evento nell'art. 584 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, pp. 823 e 829.

La formulazione dell'art. 584 c.p., sempre con riferimento alla sufficienza degli estremi del tentativo dei delitti di base, ripropone anche in quest'ambito il più generale interrogativo relativo alla compatibilità tra dolo eventuale e tentativo. Le posizioni della giurisprudenza al riguardo non sono del tutto prive di ambiguità, tendendo anzi all'asimmetria, perché, da un lato, in termini generali, prevale l'orientamento che richiede un dolo più pieno rispetto a quello eventuale (tra le più recenti, Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 14554, in *DeJure*), mentre nel contesto applicativo dell'art. 584 c.p., sembra invece consolidato l'orientamento per il quale «Il delitto di omicidio preterintenzionale ricorre, con riguardo all'elemento psicologico, anche quando gli atti diretti a commettere uno dei delitti previsti dagli art. 581 e 582 c.p., dai quali sia derivata, come conseguenza non voluta, la morte, siano stati posti in essere con dolo eventuale» (ad esempio, Cass. pen., Sez. I, 13 ottobre 2010, n. 40202, in *DeJure*; inoltre, Cass. pen., Sez. V, 12 novembre 2008, n. 44751, in *DeJure*). Tra i contributi dottrinali più recenti, per l'insufficienza del dolo (meramente) eventuale di percosse o lesioni per poter configurare l'omicidio preterintenzionale, V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale*, cit., p. 137.

[90] Tra i manuali, è nota la posizione di G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., pp. 413 e 414; nello stesso senso, P. Pisa, *Ipotesi di responsabilità anomala*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa,

Non può pertanto condividersi la posizione di quell'autorevole dottrina che insiste nella qualificazione della preterintenzione come ipotesi di (parziale) responsabilità oggettiva[91]. Anche a voler ammettere che quest'ultima fosse la dimensione effettivamente concepita dal legislatore del 1930, non si vedono ragioni davvero decisive in grado di precludere, oggi, un'interpretazione *secundum Constitutionem*[92], anche perché una fattispecie come quella dell'art. 584 c.p. è ancora vigente e applicata, conducendo spesso in carcere l'imputato definitivamente condannato, considerata l'entità del minimo edittale[93].

In dottrina non è rara la considerazione per cui una valorizzazione del principio di colpevolezza sul fronte del *nullum crimen sine culpa* potrebbe restituire istituti comunque non pienamente in linea con la Costituzione, lamentando, in questo specifico caso, tensioni con i principi di ragionevolezza, proporzione e persino con lo stes-

---

Manuale di diritto penale, cit., pp. 394 e 395; A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 399 e 400.

[91] Ci si riferisce a indubbi punti di riferimento tra le opere di parte generale, come, ad esempio, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 452 e 453; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 691 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., p. 269 ss.

[92] Va quindi sostanzialmente accolto l'invito di F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 355, per il quale, nell'incertezza sulla struttura della preterintenzione, va privilegiata una lettura conforme al principio di personalità.

[93] Raramente l'accoglimento della contestazione di omicidio preterintenzionale ha reso possibile la concessione della sospensione condizionale della pena: ad esempio, GIP Trib. Monza, 23 settembre 1999, in *www.picerno.com/sentenze/penale/penale_09.htm* (caso piuttosto particolare, in cui l'accusa era di aver provocato l'evento morte per effetto di una spinta, che l'imputato aveva dato alla vittima reagendo a un calcio di quest'ultima). Nell'ambito di questa vicenda giudiziaria, alla fissazione della pena (condizionalmente sospesa) in 2 anni di reclusione si è pervenuti tramite patteggiamento, che ha tenuto conto di diverse circostanze attenuanti. Più di recente, per un'altra vicenda giudiziaria in cui vi è stata la di concessione della sospensione condizionale della pena pur a fronte della condanna per omicidio preterintenzionale (peraltro in concorso con altri reati), Cass. pen., Sez. V, 30 ottobre 2013, n. 12413, in *DeJure*. In questo caso (in cui l'accusa era di aver provocato l'evento morte per effetto di un pestaggio in concorso con altre persone, previa violazione del domicilio della vittima), l'imputato ha ottenuto la sospensione condizionale grazie alla scelta del rito abbreviato, alla concessione delle circostanze attenuanti generiche e soprattutto perché, in quanto minorenne, ha potuto beneficiare di ulteriori istituti in grado di incidere sulla pena: fissata in «4 anni di reclusione, condonata nella misura di 3 anni; con sospensione condizionale».

so principio di colpevolezza, inteso in termini graduanti. Per ciò che concerne l'omicidio preterintenzionale, resterebbe cioè problematica la giustificazione di un trattamento sanzionatorio visibilmente più severo di quello ricavabile dal concorso (persino materiale) tra percosse o lesioni personali (dolose) e omicidio colposo[94]. Si tratta di un aspetto che altra parte della dottrina favorevole all'imputazione colposa dell'evento più grave di quello voluto ha cercato di razionalizzare, almeno nella misura in cui sia possibile ravvisare una qualificata relazione di pericolo (già in astratto) tra il "segmento" doloso dell'illecito e l'evento più grave[95].

Su questi profili ci sarà modo di ritornare in seguito, ma sembra possibile e opportuno sin d'ora osservare che la lamentata sproporzione sanzionatoria apparirebbe ancor più marcata e quindi decisamente meno accettabile qualora si concepisse l'imputazione dell'evento più grave di quello voluto a titolo di responsabilità oggettiva: anche volendo ammettere che una forma di responsabilità parzialmente incolpevole possa ancora oggi giustificare l'applicazione di una pena, la misura di quest'ultima, per la quota riferibile all'impu-

---

[94] Per tutti, F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 811 ss.

[95] Si veda, in questo senso, la ricostruzione di S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 148 ss., che propone una lettura estensiva dell'illecito preterintenzionale, valida, ad esempio, anche per la fattispecie dell'art. 586 c.p. (che, esplicitamente, propone una struttura "bipolare", con analogo incremento sanzionatorio rispetto alla disciplina del concorso di reati), e incentrata, dal punto di vista "oggettivo", sulla possibilità di ravvisare un legame pregnante tra il delitto doloso di base e l'evento (più grave) finale, nel senso che il primo dovrebbe tipizzare una situazione di pericolo astratto rispetto ai beni giuridici offesi attraverso la concretizzazione del secondo. Tra coloro che valorizzano questo legame astratto, anche M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 62 e 63, in particolare nota 97; D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., p. 157 ss., che esclude dall'area di tipicità dell'illecito preterintenzionale la verificazione dell'evento per la concretizzazione di fattori pertinenti all'*allgemeines Lebensrisiko* (su cui si rinvia a M. Mädrich, *Das allgemeine Lebensrisiko. Ein Beitrag zur Lehre von der Haftungsbegrenzung im Schadensersatzrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980), cioè il ventaglio di rischi relativi alle normali condotte di vita; G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit., p. 580. Più in generale, la spiegazione delle ragioni di una pena più elevata per l'omicidio preterintenzionale rispetto a quella risultante ricorrendo alla disciplina del concorso di reati è stata spesso rinvenuta nella «maggior riprovevolezza» che si potrebbe cogliere nel cagionare la morte di un soggetto di cui si sia volontariamente aggredito il bene dell'incolumità fisica: in questi termini, P. Pisa, *Responsabilità oggettiva nell'omicidio preterintenzionale e per morte conseguente ad altro delitto doloso*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 325.

tazione meramente oggettiva, non sembra potersi spingere addirittura oltre gli orizzonti sanzionatori previsti per l'"ordinaria" imputazione colposa della stessa porzione di fatto, cioè la pena prevista dall'art. 589 c.p. Quindi, proprio il principio di ragionevolezza sembra piuttosto orientare a trattare come fattispecie a imputazione mista di dolo e colpa quelle preterintenzionali.

Nella stessa direzione guiderebbe anche il confronto con l'attuale disciplina di addebito (almeno per colpa) delle circostanze aggravanti prevista dall'art. 59, comma 2, c.p.: se, dal 1990, è chiaro che la responsabilità oggettiva non può più sostenere nemmeno l'imputazione di un evento qualificabile come circostanza aggravante[96], a maggior ragione tale forma incolpevole non può porsi a fondamento dell'imputazione di un elemento costitutivo del reato[97].

Sul ruolo delle circostanze si tornerà in più occasioni: è evidente sin d'ora come anche la loro disciplina, in particolare quella che riguarda l'imputazione delle aggravanti, sia tale da configurare, rispetto ai delitti dolosi, un'ipotesi di *imputazione colpevole differenziata in senso ampio*, cioè apprezzabile volgendo lo sguardo (anche)

---

[96] Diffusamente, in argomento, S. Putinati, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, Giappichelli, 2008. Sempre a livello monografico, tra gli altri, in particolare, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000, in particolare, p. 761 ss.; G. Marconi, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti. La struttura soggettiva*, Milano, Giuffrè, 1993, in particolare p. 215 ss.

[97] In questo senso, ad esempio, D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., p. 156, per il quale sarebbe «palesemente irrazionale che per determinare un effetto meno rilevante (circostanza aggravante) l'ordinamento imponesse un requisito aggiuntivo (prevedibilità dell'evento) rispetto a quello (mera causazione) sufficiente per un effetto giuridico più rilevante (titolo autonomo di reato). L'unica possibile lettura del sistema è che il legislatore, *modificando espressamente il solo criterio di imputazione delle circostanze aggravanti*, implicitamente abbia modificato anche il criterio di imputazione dell'evento non voluto nei delitti preterintenzionali»; inoltre, M. Donini, L. Ramponi, *Il principio di colpevolezza*, cit., p. 309, richiamando esplicitamente l'art. 3 Cost. (così già M. Donini, *Teoria del reato*, cit., p. 378, nota 124). Nello stesso contributo, pur ritenendo maggiormente «ortodossa» la chiamata in causa della Corte costituzionale, si finisce per prendere atto di come la giurisprudenza della stessa Corte sia sempre più orientata nel senso di responsabilizzare, nei limiti consentiti dal testo legale, il singolo giudice ordinario affinché proceda autonomamente a un'interpretazione conforme a Costituzione (pp. 312-313).

all'esterno dell'area della tipicità. Ciò, peraltro, vale di regola, perché è ben noto come vi siano circostanze aggravanti associabili a delitti dolosi che, per la loro particolare struttura, richiedono necessariamente un atteggiamento doloso, facendo così venir meno la combinazione di dolo e colpa a cui si è appena fatto riferimento[98]. Un ultimo rilievo preliminare pertinente rispetto agli obiettivi dell'indagine è che, analogamente a quanto previsto per le contravvenzioni, le differenze tra dolo e colpa normalmente non trovano, nell'integrazione della singola aggravante, una esplicita valorizzazione, ponendo una questione problematica sul piano della proporzione sanzionatoria, da non sminuire, alla luce del fatto che, notoriamente, e come si avrà modo di dire meglio, alcune aggravanti possono incidere sensibilmente sulla misura della pena.

Più in generale, se quella che si è già avuto modo di indicare come «progressione» della colpa è funzionale a superare la responsabilità oggettiva, rendendo più personale l'illecito, e non ad ampliare surrettiziamente l'area della punibilità a "discapito" del dolo, allora sembra che la violazione (ammesso che vi sia realmente) della regola della previsione espressa della responsabilità delittuosa per colpa sia più che altro formale e che, in definitiva, nessun ostacolo insuperabile si opponga a considerare la preterintenzione come un esempio di *imputazione colpevole* (e non solo parzialmente colpevole) *differenziata*[99].

Questione ulteriore, che richiama sempre la regola dell'art. 42, comma 2, c.p., è se lo schema della preterintenzione ricavabile dall'art. 43, comma 1, 2° alinea, c.p. possa essere elevato a modello generale ampiamente valido per la disciplina dei reati aggravati da

---

[98] Sul punto, ad esempio, S. Putinati, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, cit., pp. 141 ss. e 201 ss., a cui si rinvia anche per i dettagli dell'idea politico-criminale contraria alla dissociazione tra titolo di colpevolezza per il fatto tipico e criterio di imputazione delle circostanze aggravanti.

[99] Si possono comprendere le riserve sul piano della legalità della dottrina pronunciatasi sul punto prima dei crescenti riconoscimenti del principio di colpevolezza da parte della Corte costituzionale – in tal senso, ad esempio, G. Insolera, *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Ind. pen.*, 1981, in particolare p. 764 – ma nel contesto attuale, come constatato in particolare dando conto della sentenza n. 322 del 2007, all'interprete si impone una lettura degli istituti penalistici conforme ai caratteri di personalità dell'illecito dove letteralmente consentita dal testo.

un evento necessariamente non voluto. Anche su questo profilo in letteratura non c'è affatto uniformità di vedute. L'analisi delle ragioni delle opposte prospettive porterebbe a inoltrarsi troppo nel profondo di problematiche che paiono (non certo estranee, ma) periferiche rispetto agli obiettivi che si perseguono, almeno in questa fase della trattazione, in cui non si può però fare a meno di osservare che, in seguito alla riforma della disciplina di imputazione delle circostanze aggravanti, la portata della questione qualificatoria dell'evento è stata ridimensionata, quantomeno sul piano del rispetto del principio del *nullum crimen sine culpa*.

La dottrina si ricompatta nell'evidenziare l'opportunità, in ogni caso, di un intervento del legislatore che dia all'interprete delle coordinate più precise e che colga l'occasione per un ripensamento non solo della preterintenzione, ma più in generale degli istituti nell'orbita (almeno originariamente) del *versari in re illicita*.

Ai fini dell'indagine che si sta conducendo, è opportuno mantenere lo sguardo sulla preterintenzione per iniziare a mettere a fuoco come possa atteggiarsi, in concreto, la coesistenza di dolo e colpa con riferimento a elementi di tipicità di un singolo illecito. Aver già messo in luce, in più passaggi della trattazione, le ordinarie note strutturali della colpa e aver richiamato l'attenzione sugli aspetti più delicati del suo accertamento in relazione al verificarsi di un evento consente qui di andare subito al cuore delle problematiche più significative.

3.2. *La «contradizion che nol consent[irebb]e». Critica del principio di non contraddizione dell'ordinamento come supposto ostacolo alla configurazione di regole cautelari* in re illicita

Partendo dagli aspetti maggiormente condivisi, nessuna esitazione dovrebbe avere il penalista contemporaneo a respingere letture dell'illecito preterintenzionale basate su forme di "colpa" in astratto, come quelle che fanno automaticamente dipendere la prevedibilità dell'evento dall'inosservanza della stessa legge penale che "censura" il comportamento doloso di base, cioè, esemplificando, le norme degli artt. 581 e 582 c.p. nella prospettiva dell'omicidio pre-

terintenzionale. È sempre più raro, quantomeno in dottrina, trovare accreditate pretese generalizzate di assegnare alla norma incriminatrice di un fatto doloso anche una funzione realmente cautelare rispetto a eventi ulteriori[100]: riprendendo l'esemplificazione appena accennata, la plausibilità del verificarsi della morte della stessa persona offesa da un fatto di percosse o lesioni personali è troppo condizionata dai dettagli della specifica vicenda e una lettura minimamente equilibrata delle regole di imputazione governate dal principio di colpevolezza non può non imporre di tenerne conto. Non vi è dubbio, infatti, che siano le specifiche modalità pericolose di sviluppo del fatto di base e non, di per sé, il giudizio sulla sua illiceità a sostanziare il rischio di verificazione dell'evento più grave.

Anche le ricostruzioni dell'illecito preterintenzionale esigenti un legame in termini di pericolo astratto tra i due poli che lo costituiscono puntualizzano in modo inequivocabile come il necessario apprezzamento di tale collegamento, che è tra fattispecie astratte prima che tra fatti precisamente circostanziati, non consenta ancora, di

---

[100] In tal senso si può ricordare la tesi sviluppata, in particolare, da G. Leone, *Il reato aberrante (art. 82 e 83 cod. pen.)*, Napoli, Jovene, 1940, pp. 138, 206 ss. e 220 ss., che diede poi vita a una nota polemica (di cui si richiamano solo i primi due scritti) con A. de Marsico, *Colpa per "inosservanza di leggi" e reato aberrante*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1940, p. 237 ss. Per un accoglimento esplicito della tesi di Leone, G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, 11ª ed., Padova, Cedam, 1982, p. 478; ampiamente critico, invece, F. Antolisei, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit. Nella dottrina tedesca, per analoghe posizioni con riferimento ai delitti aggravati dall'evento, ad esempio, K.H. Gössel, *Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGb*, in G. Warda, H. Waider, R. von Hippel, D. Meurer (Hrsg.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York, de Gruyter, 1976, p. 234; R. Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, Mohr, 1986, p. 148 ss., la cui monografia resta comunque uno dei maggiori punti di riferimento in materia, non solo per la letteratura d'oltralpe: si veda, ad esempio, la trattazione dedicatale da A. Bondi, *L'«esclusività» di* Rengier *(Contributo alla critica dei reati aggravati dall'evento)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1460 ss.

Oggi, al più, si osserva che soltanto alcune fattispecie incriminatrici potrebbero prestarsi a fungere da base per una responsabilità colposa, «sempreché, naturalmente, si tratti di leggi aventi lo scopo di prevenire eventi del tipo di quello in concreto verificatosi»: M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 353; analogamente, L. Risicato, *La colpa*, cit., p. 213: «La norma penale non può cioè avere aprioristicamente *finalità* cautelare, ma nulla esclude che in singoli casi abbia *contenuto* cautelare». In termini più nettamente contrari, F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., pp. 537 e 538.

per sé, di affermare la sussistenza della colpa del soggetto che, *in re illicita*, abbia cagionato l'evento ulteriore tipizzato[101]. Analogamente a quanto avviene nell'ambito delle attività a base lecita, anche qui, dunque, la colpa va accertata in concreto, respingendo insidiose penetrazioni della logica del *versari in re illicita*, cioè della responsabilità oggettiva.

Per nulla condivisibile, dunque, è la giurisprudenza di legittimità che sembra oggi prevalente riguardo all'art. 584 c.p., secondo la quale «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato»[102]. La proposizione

---

[101] S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., ad esempio, p. 149.

[102] Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 18 ottobre 2012, n. 791, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2016, n. 44986, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 347 ss., con nota di M. Pelissero, Bondage *e sadomasochismo: i limiti della responsabilità penale tra fine di piacere e libero consenso*, p. 350 ss.; per un ulteriore commento della stessa sentenza, volendo, M.L. Mattheudakis, *Il* bondage *e le "corde" dell'imputazione colpevole*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 549 ss.

Per una critica agli orientamenti giurisprudenziali relativi all'art. 584 c.p. (passati in rassegna, ad esempio, da J. De Lillo, *Art. 584*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 2247 ss.), tra i tanti, F. Basile, *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Treccani, in *www.treccani.it*, il quale, emblematicamente, intitola il paragrafo 2.3 «la chiusura ermetica alla colpa nell'art. 584 c.p.»; Id., *La responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza della Cassazione relativa agli artt. 116, 584 e 586 c.p.*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2013, in particolare p. 351 ss. Da ultimo, sulla stessa massima riportata nel testo (ancorché tratta da una pronuncia diversa), M. Donini, *La personalità della responsabilità penale*, cit., p. 1607: «*Una formuletta del non-pensiero* cancella secoli di storia, dottrina, cultura e soprattutto il 27, co. 1, Cost.».

Al di fuori della dottrina penalistica e del discorso penalistico, ma ugualmente pertinente e interessante, sul fenomeno della «disobbedienza» dei giudici italiani alle pronunce della Corte costituzionale, si veda la recente riflessione di G. Bergonzini, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 3 giugno 2019, p. 383 ss., il quale ritiene che ciò possa anche tradursi in una forma positiva di «dialogo attivo – a tratti, magari intenso – capace di giovarsi anche di momenti di possibile contraddizione, che portano a far emergere nel *discorso pubblico* elementi di possibile criticità delle decisioni costituzionali» (p. 404). Se quest'ultima considerazione può avere validità in generale, ben difficilmente può riguardare l'attuale stato

di una prevedibilità del tutto in astratto è ben riconoscibile – nonostante l'equilibrismo verbale, che pretenderebbe di allontanare i sospetti che si voglia lasciare spazio alla responsabilità oggettiva – in questo orientamento, di cui è stata opportunamente evidenziata la parentela con il *dolus indirectus* di Carpzov (e quindi anche con la *doctrina Bartoli*), con la differenza che, nella sua versione originaria, la forma di imputazione in esame «riceveva la stessa sanzione (*poena ordinaria*) dell'omicidio volontario, era una forma di dolo, invece nella versione vagheggiata (inconsapevolmente) da queste sentenze comporta il passaggio a un diverso tipo di elemento psicologico, la preterintenzione, meno gravemente sanzionato»[103]; ma questa "degradazione", ovviamente, non basta ancora sul piano delle garanzie.

Quanto alla dottrina, quella impegnata a offrire una lettura costituzionalmente accettabile dell'istituto sostanzialmente converge sulla necessità di accertare una prevedibilità concreta dell'evento più grave di quello voluto, ma le divisioni si rendono evidenti non appena si cerchi di arricchire l'imputazione facendo riferimento agli ulteriori connotati tipici della colpa, in particolare al momento della violazione di una regola cautelare. L'ostacolo ravvisato sarebbe di carattere più che altro logico, in quanto – questo l'argomento ritenuto decisivo – in un contesto (penalmente) illecito, se si volessero configurare regole cautelari, verrebbe violato il principio di non contraddizione dell'ordinamento. In altre parole, non sarebbe razionale – si afferma – vietare, minacciando una sanzione penale, la commissione di determinati fatti e, parallelamente, pretendere l'uso di cautela nel porre in essere i fatti medesimi[104].

A ben vedere, però, l'obiezione fondata su (una declinazione

---

di implementazione del principio di colpevolezza nel contesto preterintenzionale da parte dei giudici ordinari di merito e di legittimità.

[103] G.P. Demuro, *La combinazione dolo-colpa nella preterintenzione*, cit., in particolare il paragrafo 3.2. Sulla *doctrina Bartoli* e il *dolus indirectus*, per tutti, ampiamente lo stesso G.P. Demuro, *Il dolo*, I, *Svolgimento storico del concetto*, Milano, 2007, in particolare, pp. 109 ss. e 134 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori richiami dottrinali.

[104] Nella manualistica, ad esempio, F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., p. 342 ss., in particolare p. 345, ove si prende posizione nel senso che il criterio di imputazione consisterebbe in «un nesso psicologico di concreta prevedibilità, cioè in una possibilità di conoscenza di un elemento del fatto, piuttosto che in un'antidoverosa violazione di una (inconcepibile) regola cautelare».

giuridica di) quello che nella *Metafisica* di Aristotele è stato definito «il più saldo di tutti i principi», per il quale non è possibile – tradotto nel linguaggio della logica classica: non potrebbe essere vero – che una cosa sia e al contempo non sia (ovvero affermare e negare un predicato del medesimo soggetto)[105], non convince, in quanto sembra frutto di un fraintendimento[106].

Ipotizzare la rilevanza giuridica di condotte atte a governare, quando materialmente possibile, una situazione di rischio illecito affinché questo non sfoci in un risultato lesivo ulteriore rispetto a quello voluto non significa affatto negare l'attributo di illiceità del comportamento doloso di base. Se, dunque, non si mette per nulla in discussione l'*an* della punibilità per il *Grunddelikt*, ma il *quomodo* e, conseguentemente, il *quantum* della responsabilità complessiva, non si riesce a scorgere alcuna reale antinomia tra l'incriminazione di un fatto e la pretesa che, in subordine (rispetto all'astensione dal fatto stesso), lo si realizzi almeno con accortezze tali da non allargarne la portata offensiva; allargamento che – lo si sottolinea – non sarebbe comunque voluto dal soggetto.

Quella che si è soliti qualificare come una pretesa paradossale, di percuotere o ledere con cautela, non dovrebbe, in realtà, suscitare un imbarazzo insuperabile. Di paradosso può qui parlarsi, infatti, solo avendo a mente che tra le accezioni comunemente accettate di tale espressione vi è anche quella che si riferisce a una tesi eccentrica, ma valida all'esame critico[107]. Per comprenderlo, occorre sposta-

---

[105] Aristotele, *Metafisica*, Libro IV (Γ), 1005 b e 1006 a, ad esempio, in Id., *Opere. Collezione di 20 libri*, Bari, Roma, Laterza, 2019.

[106] Per un corretto inquadramento del principio in questione, si rinvia agli approfondimenti sviluppati nell'istruttivo volume F. Puppo (a cura di), *La Contradizion che non Consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, FrancoAngeli, 2010. Sul concetto di contraddizione, anche se inteso ora soprattutto nel senso di argomentare in direzione opposta, A. Artosi, *L'arte di contraddire*, Roma, Aracne, 2018, in particolare p. 13 ss., ove si mettono via via in luce tutti i limiti di un'argomentazione sviluppata senza (un solido) metodo.

[107] In questo senso, tra gli altri, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 356, il quale elenca una serie di punti in base ai quali sarebbe solo «suggestiva, ma non rilevante […] l'obiezione che non potrebbe aversi autentica colpa generica, fondata sulla violazione di norme cautelari»; per una terminologia ampiamente coincidente, ad esempio, G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 483; più ampiamente in argomento in Id., *Opus illicitum. Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di*

re, almeno per un attimo, l'accento dall'ambiguo piano della liceità a quello della pericolosità, mettendo così meglio a fuoco anche gli obiettivi preventivi perseguiti dall'ordinamento. Il rischio, altrimenti, è quello di accreditare una lettura rigidamente imperativistica del sistema penale, per la quale, essendo un fatto assolutamente vietato, non ci sarebbe nulla da "aggiungere" in merito alla sua realizzazione; prospettiva, questa sì, in grado di alimentare dei paradossi (nell'accezione opposta, cioè) di problematica giustificazione.

A ben vedere, anche accogliendo apertamente una concezione imperativistica della norma penale, come divieto o comando[108], difficilmente potrebbe sostenersi che l'ordinamento giuridico sia disinteressato a tutto ciò che sul piano logico-normativo rappresenti una "progressione" interna al perimetro di rilevanza penale[109]. Se davve-

---

delitti qualificati dall'evento, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 994 ss.; inoltre, A. Bondi, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pp. 203-205.

[108] Per un inquadramento generale (quindi non limitato agli orizzonti dell'ambito penalistico) della concezione imperativistica del diritto, si veda N. Bobbio, *Il Positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1996, in particolare p. 192, ove si richiama la tradizionale distinzione tra imperativi «positivi» (comandi) e imperativi «negativi» (divieti).

[109] Tra le più autorevoli conferme, nella sostanza, vi è quella di D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., p. 278: «il *dovere di evitare la realizzazione di eventi illeciti prevedibili*, che costituisce il tratto fondamentale della colpa, vale incondizionatamente. Chi compie attività illecite, violando il divieto relativo a quelle attività, ovviamente non è esonerato dall'osservanza di regole cautelari volte a prevenire la realizzazione di *altri* fatti vietati dal diritto penale. Il *versari in re illicita*, il trovarsi in una situazione di illiceità, lungi dall'escludere il problema della colpa, lo ripropone in una forma più complessa».

Si veda, diversamente, la conclusione di A. Carmona, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4591, il quale, accogliendo la prospettiva che le regole di cautela debbano avere un connotato modale e (per tale motivo) non possano richiedere di tenere un comportamento coincidente con l'astensione da una attività, afferma: «non può ritenersi che, allo stesso tempo, l'ordinamento giuridico vieti una condotta e indichi (colpa specifica) o recepisca (colpa generica) le cautele – *rectius*: le modalità – per il suo svolgimento; poiché lo stesso concetto di condotta implica necessariamente sue proprie modalità, negarne la sua (lecita) esistenza giuridica non può che significare la irrilevanza giuridica di ogni concreta possibile modalità per la sua realizzazione». Si rifletta sul fatto che le parole appena richiamate sono forti al punto da poter essere compatibili con una significativa svalutazione di connotati della condotta a cui il legislatore attribuisce invece esplicita importanza prevedendo circostanze attenuanti o aggravanti.

ro così fosse, un determinato canale di rischio potrebbe forse essere coerentemente privato di "attenzioni" e implicazioni giuridiche al raggiungimento del primo stadio logico in cui la sua manifestazione fosse qualificabile come penalmente illecita; potrebbe allora persino considerarsi non indispensabile la previsione di una maggior pena per aver condotto a ulteriori risultati lesivi il reato doloso di base: le lesioni personali sfociate nella (prevedibile) morte del soggetto passivo potrebbero anche ricevere il medesimo trattamento sanzionatorio di lesioni personali senza ulteriori conseguenze; conclusione, però, che nessuno si sentirebbe di accreditare.

Nella stessa prospettiva imperativistica, se anche si volesse scomporre la fattispecie preterintenzionale in due divieti distinti, cioè, da un lato, quello di percuotere o ledere e, dall'altro, quello di uccidere (involontariamente), non si potrebbe in ogni caso oscurare il nesso strumentale che può darsi tra la violazione del primo e quella del secondo; nesso strumentale che, sul piano astratto, il legislatore valorizza al punto da tipizzare, oltre all'omicidio preterintenzionale, non poche fattispecie aggravate dall'evento, attribuendo ad esse un trattamento sanzionatorio *ad hoc*. Ma anche in assenza di queste fattispecie articolate si perverrebbe comunque a una responsabilità colposa i cui "ingredienti", sul piano del disvalore d'azione[110], dipenderebbero dal concreto atteggiarsi (pericoloso) del delitto doloso che innesca il rischio sfociato poi nell'evento non voluto[111].

Non stupisce, dunque, che autorevole dottrina impegnata nell'analisi della tenuta della costruzione imperativistica della norma penale si sia limitata a richiamare la fattispecie dell'art. 584 c.p. in termini problematici essenzialmente in ragione della sua ritenuta riconducibilità alle ipotesi di responsabilità oggettiva (per l'evento più grave di quello voluto)[112]. Se la norma deve necessariamente potersi tradurre in un appello alla volontà degli individui, ritenere che il

---

[110] L'espressione pare (quantomeno convenzionalmente) utilizzabile anche nei casi in cui pure il fatto di base integri un illecito di evento in senso naturalistico, come quello di lesioni personali. Sono infatti le modalità realizzative delle lesioni a veicolare l'eventuale pericolo concreto di verificazione dell'evento morte.

[111] In questo senso, ad esempio, A. Bondi, *I reati aggravati dall'evento*, cit., p. 202.

[112] M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 33, nota 45.

legislatore abbia coniato una fattispecie con imputazione oggettiva dell'evento che va oltre l'intenzione metterebbe a rischio la coerenza del sistema: l'ambizione "comunicativa" alla base dell'impostazione imperativistica tenderebbe a scontrarsi con la constatazione che si potrebbe essere puniti anche a prescindere da un controllo, effettivo o potenziale, dell'intero fatto; la punibilità potrebbe cioè prescindere in misura non trascurabile da un mancato adeguamento all'imperativo. È chiaro che, essendo questo l'unico (o comunque il principale) problema ravvisato, una lettura "contemporanea" della preterintenzione, aperta all'ingresso del principio di colpevolezza, come quella che qui si caldeggia, porterebbe a un immediato superamento del problema stesso.

Anche muovendo dalla prospettiva apparentemente meno favorevole al riconoscimento di una *culpa in re illicita*, dunque, può ben dirsi che non sembrano esserci motivi davvero validi perché l'ordinamento giuridico non possa "sporcarsi le mani" con istanze di tutela "a oltranza" dei beni giuridici posti sulla stessa linea offensiva. Altrimenti, la prevenzione dell'evento "ulteriore", che, realisticamente, non può non essere di interesse per lo stesso ordinamento, finirebbe per essere rimessa praticamente al caso.

Non sembra condivisibile sostenere che, pur essendo possibile immaginare accorgimenti tali da contenere il rischio di verificazione di un evento più grave di quello illecito voluto, di tali accorgimenti non sia mai doveroso l'impiego, perché si tratterebbe comunque di comportamenti criminosi[113]. Tale punto di vista non sembra, tra l'altro, far emergere a sufficienza il motivo della maggior punizione rispetto a quella già prevista per il fatto di base: non può convincentemente sostenersi, ad esempio, che non sia doverosa l'attuazione delle cautele in ragione del fatto che spesso non c'è una sanzione per l'inosservanza in sé delle medesime, poiché questo riguarda in diversi casi anche le attività lecite, rispetto alle quali vi sono molti meno dubbi che si possa parlare di obbligo di rispetto delle regole cautelari.

Sarebbe deludente, in un'ottica preventiva, se al soggetto si "chiedesse" di controllare un rischio illecito esclusivamente – non

[113] Così, ad esempio, M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 428 ss.; A. Carmona, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite*, cit., p. 4592.

rimangono molte alternative – nell'interesse proprio, cioè al fine di ottenere una pena più ridotta. La negazione di un valore precettivo all'aspettativa ordinamentale di osservanza degli accorgimenti immaginabili equivarrebbe a lasciare la vittima oppure, più in generale, il bene giuridico in balia del caso, come si è detto, oppure di un mero calcolo di convenienza del soggetto agente[114].

Non si capisce davvero perché imporre soltanto a cittadini "onesti" obblighi preventivi e legittimare invece un atteggiamento remissivo, sul piano precettivo e preventivo, nei confronti di chi oltrepassi la soglia di penale rilevanza. Le istanze di ragionevolezza che connotano il sistema non sembrano trovare valide giustificazioni per questa distinzione[115].

Si badi che non si tratta di situazioni in cui il reo doloso impiega finalisticamente un comportamento integrante il delitto di percosse

---

[114] In giurisprudenza, ravvisa l'incongruenza di una simile prospettiva meramente utilitaristica e reocentrica Corte ass. Reggio Emilia, 12 gennaio 2015, in *Dir. pen. cont.*, 24 dicembre 2015, con nota di S. Finocchiaro, *Anche nell'omicidio preterintenzionale il criterio di imputazione dell'evento è la colpa in concreto? Una pronuncia della Corte d'assise di Reggio Emilia*. In tale pronuncia, si legge un'aperta presa di posizione in argomento, nel senso che «non sembra del tutto coerente, dal punto di vista sistematico, modificare la struttura e la funzione delle regole cautelari, accontentandosi di pretendere la loro configurabilità come "oneri" anziché "obblighi" in capo all'agente concreto che abbia già posto in essere una condotta illecita. Il tipo di imputazione soggettiva per colpa, descritto dall'art. 43 c.p., infatti, non sembra ammettere che la regola di diligenza sia oggetto di un mero onere la cui osservanza sia solo strumentale all'interesse del reo di evitare i risultati più gravi (e le conseguenti pene); la regola cautelare (anche generica) non può che assumere il carattere strutturale di un obbligo, la cui osservanza è (deve essere) funzionale al perseguimento delle finalità preventive, da perseguirsi secondo il punto di vista dell'ordinamento giuridico» (p. 37 della versione pubblicata). Tra gli Autori schierati in termini più esplicitamente opposti, M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., p. 120, «L'agente, se vuole, può osservare le prescrizioni cautelari nel suo personale interesse (ad esempio: per evitare che la sua attività trasmodi, dando luogo a più gravi titoli di responsabilità); ma non è questa la pretesa fatta valere dal sistema normativo. Sul piano logico, la prescrizione di un divieto comportamentale e l'imposizione di certe regole da osservare per svolgere proficuamente un'attività costituiscono due postulati tra loro alternativi».

[115] Si tratta di un punto di vista affermato già da F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*. Vol. III. Opera XXXI, 5ª ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1898, p. 15 ss. Nella dottrina contemporanea, si veda, ad esempio, F. Ramacci, *I delitti di omicidio*, 4ª ed. (a cura di C. Longari), Torino, Giappichelli, 2016, pp. 80 e 81, per cui «non ci sono zone franche se il fatto è preveduto come delitto colposo; neppure nello svolgimento di una condotta dolosa, tipica di un reato diverso».

o lesioni personali (oppure ancora una delle altre fattispecie che è possibile porre alla base di un illecito preterintenzionale) per pervenire alla (voluta) verificazione dell'evento più grave. In casi del genere, immaginare una doverosità dell'impiego di cautela significherebbe coltivare un'aspettativa che, a prescindere dalla sua plausibilità dogmatica, sarebbe in ogni caso destinata al fallimento, posto che il soggetto dimostra di puntare dritto all'evento e, verosimilmente, si comporterà in modo radicalmente avverso rispetto alle indicazioni di tali regole cautelari. Nel contesto preterintenzionale, invece, un'aspettativa ordinamentale di conformità a cautela del comportamento non confligge radicalmente con l'intento dell'agente, "interessato" soltanto alla realizzazione del delitto di base[116].

Guardando all'essenza della colpevolezza come rimproverabilità normativa, essa si basa sul non avere agito diversamente pur potendolo fare (*sich-anders-bestimmen-können* o *Principle of Alternate Decisions*)[117]. Se non ci sono dubbi che al reo a cui

[116] Affinché si possa parlare di illecito preterintenzionale, l'agente, infatti, per opinione ampiamente condivisa, non può esprimere nemmeno un dolo eventuale rispetto all'evento più grave, altrimenti la fattispecie preterintenzionale non sarebbe applicabile. In termini differenti, si veda M. Caterini, *Il reato eccessivo*, cit., in particolare p. 379 ss., che, muovendo da una lettura restrittiva della definizione legale del dolo e da una coerente ricognizione storica, ravvisa proprio nelle ipotesi usualmente ricondotte al dolo eventuale l'ambito applicativo privilegiato dell'illecito preterintenzionale. Per l'Autore «si può dire che il legislatore abbia espunto il concetto di dolo eventuale dalla definizione di cui al primo alinea dell'art. 43 c.p., per includerlo nella formulazione di cui al secondo alinea. Ciò significa che il concetto di preterintenzionalità potrebbe essere ricompreso in quello di dolo eventuale» (p. 387).

[117] Sul consolidato concetto di colpevolezza come correlato a quello di scelta (di un comportamento diverso), oltre a classici come A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 257 ss., tra i più autorevoli contributi critici recenti, si veda T. Hörnle, *Guilt and Choice in Criminal Law Theory – A Critical Assessment*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, IV, 1, p. 1 ss., in particolare p. 3 ss., ove l'Autrice avvia la messa in discussione dello stretto legame tradizionalmente ravvisato, criticando apertamente il peso che solitamente si assegna ai profili volitivi dell'illecito e prospettando, quale alternativa, una concezione spiccatamente normativa della colpevolezza, basata su una responsabilizzazione comunicativa con l'individuo [di carattere dialogico e non unilaterale, screditando così, implicitamente, anche le prospettive imperativistiche del diritto penale: p. 16 ss., ove riferimenti espliciti a A. Duff, *Answering for a crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart, 2007; A. Duff, L. Farmer, S. Marshall, V. Tadros (ed.), *The Trial on Trial. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford, Hart, 2007], e in cui l'accento è decisamente posto sul

si renda prevedibile l'evento ulteriore come conseguenza della propria condotta illecita sia possibile muovere un ulteriore rimprovero, significa che lo si fa perché egli non solo poteva, ma, in definitiva, doveva comportarsi in altra maniera. Non può trattarsi di una prevedibilità "muta" sul piano comunicativo, direbbero gli imperativisti. Se la punizione si incentrasse su una mera possibilità non "sfruttata", svincolata da qualsiasi dimensione deontica[118], al rimprovero finirebbe per restare un fondamento essenzialmente morale, in contrasto con i più consolidati principi del diritto penale liberale.

Il recupero di una dimensione deontica fa peraltro in modo che si ottenga un rinforzo del messaggio repressivo e (contestualmente) preventivo persino del fatto di base: il giudizio di disvalore delle percosse o (soprattutto) delle lesioni personali non può che apparire più intenso a fronte della presa d'atto che, attivando un determinato canale di rischio in corrispondenza di tali illeciti, si può patire una pena nettamente più severa di quella che comporterebbe l'esclusiva verificazione di ciò che si vuole. Si realizza, così – lo si ribadisce –

---

dato della violazione, da parte dell'agente, di doveri in quanto cittadino e a scapito degli altri consociati (p. 21 ss.). La coerente conclusione dello scritto è una rinuncia a una accurata commisurazione della pena ai "colori" psicologici del comportamento criminoso (p. 24).

È evidente la differenza di sensibilità rispetto alla linea argomentativa che si sta sviluppando in questa trattazione, ma è dubitabile che, al di là della forma, le implicazioni sostanziali della tesi appena richiamata siano così radicali rispetto all'impostazione tradizionale, come potrebbe invece sembrare *prima facie*. Ciò, quantomeno, sul piano dell'*an* della punibilità, perché si ricava l'impressione che insistere sulla metafora della "partecipazione" comunicativa dei consociati ai processi di responsabilizzazione (così escludendo infermi e soggetti giovanissimi) non significhi altro che assicurarsi che la lealtà della punizione dipenda da una condotta – si potrebbe proprio dire: una scelta, pur con gli opportuni adeguamenti in ambito colposo – davvero libera dell'agente.

[118] In questo senso, ad esempio, R. Bartoli, *"Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1050, per cui il criterio di imputazione dell'evento non voluto *in re illicita* «sembra consistere nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento da intendersi come "mero" potere, vale a dire in una componente psicologica avente carattere normativo non in quanto basata sulla violazione di un dovere comportamentale qual è la regola cautelare, ma in quanto fondata su un giudizio normo-valutativo vòlto a misurare la possibilità di prevedere ed evitare: in sostanza si tratta di una componente psichica non attuale, ma potenziale, priva di ogni carattere deontico».

una più capillare tutela dei beni giuridici posti sulla medesima linea d'offesa[119].

In definitiva, per "rovesciare" le parole che Dante (nel XXVII canto dell'Inferno della Divina Commedia) mette in bocca al «loico» diavolo che si presenta a Guido da Montefeltro alla sua morte, non c'è qui alcuna «contradizion che nol consente»[120]; anzi, sarebbe più plausibilmente contraddittorio non richiedere l'impiego di cautele anche a chi delinqua volontariamente ma non voglia l'evento.

Quanto considerato finora, di per sé, non rende affatto superfluo verificare se qualche particolarità vi sia comunque a contraddistinguere la *culpa in re illicita* che si può osservare nel contesto preterintenzionale. Il discorso, come si sta per vedere, non è affatto banale ed è bene calarsi nei dettagli.

3.3. *La fisionomia della colpa nel contesto preterintenzionale*

3.3.1. *Lo sviluppo contemporaneo del dibattito e il contributo della sentenza delle Sezioni unite sull'art. 586 c.p. in tema di cessione di sostanze stupefacenti con esito mortale*

Le pagine che precedono sono state dedicate al tentativo di giustificare sul piano logico-normativo la doverosità, in capo a chi scelga di realizzare una condotta illecita, di un impegno cautelare teso a prevenire la verificazione di un evento ulteriore più grave (non voluto). Ancora non si è affrontata da vicino la questione delle modalità

---

[119] Sulla funzionalità della colpevolezza in termini generalpreventivi proprio nel contesto dei reati qualificati da un evento più grave di quello voluto, si rinvia a E. Dolcini, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, pp. 769 e 770, anche per riferimenti alla convergenza delle più eterogenee aree della dottrina tedesca (a partire quantomeno dall'inizio del secolo scorso) verso il superamento della responsabilità oggettiva, posto che, come notato, ad esempio, da G. Radbruch, *Erfolgshaftung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Band II*, Berlin, Liebmann, 1908, p. 238 ss., l'addebito puramente obiettivo dell'evento aggravante non si giustifica alla luce di alcuna teoria della pena.

[120] Riprende l'espressione letteraria in questo contesto già 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, p. 937.

specifiche di edificazione delle regole cautelari *in re illicita*, essendosi semplicemente accennato al fatto che la prevedibilità (ancorché concepita in concreto) dell'evento *praeter intentionem* non è "autosufficiente", ma va concepita come funzionale alla concretizzazione di un comportamento preventivo. Ai fini di tale concretizzazione, come si è avuto modo di vedere mettendo a fuoco i lineamenti dell'illecito colposo, la prevedibilità opera in sinergia con l'evitabilità dell'evento, che dà linfa operativa alla regola cautelare, riempiendola di contenuto. Si tratta di un aspetto che merita di essere ripreso in questo contesto, in modo da evidenziarne le peculiarità; così come pare indispensabile precisare la fisionomia del modello di agente da assumere quale parametro al quale rapportare sia la prevedibilità che l'evitabilità.

I profili problematici appena sopra richiamati sono stati discussi nell'ultimo decennio assumendo come punto di riferimento una pronuncia dalla Corte di cassazione a Sezioni unite, resa nell'ambito di un procedimento incentrato sull'art. 586 c.p. (in particolare per morte come conseguenza del delitto di cessione di sostanze stupefacenti), ma con l'ambizione di dettare coordinate interpretative di validità generale, quantomeno per diverse ipotesi riconducibili allo schema del *versari in re illicita*[121]. A ben vedere, infatti, il problema della natura dell'imputazione degli eventi lesioni personali e morte che si pone nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 586 c.p. è del tutto analogo rispetto a quello che si sta esplorando con riferimento all'illecito preterintenzionale di cui agli artt. 43, comma 1, 2° alinea, e 584 c.p. In entrambi i casi si tratta di imputare al soggetto una conseguenza – peraltro di natura omogenea, trattandosi comunque di danni alla persona – non voluta di un delitto doloso.

Nel dare conto dei profili salienti del percorso ermeneutico di questa importante sentenza, si deve subito sottolineare la centralità assegnata all'istanza costituzionale di colpevolezza (spesso invece trascurata quando si tratta di imputazioni per omicidio preterin-

[121] Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, ad esempio, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4564 ss., con commento di A. Carmona, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite*, cit., p. 4585 ss.; in *Foro it.*, 2009, II, c. 448 ss., con commento di A. Tesauro, *Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le sezioni unite optano per la colpa in concreto*, c. 450 ss.

tenzionale), ad esempio quando afferma che, nello sforzo di «individuare la soluzione preferibile, non può ovviamente prescindersi dal principio di colpevolezza e dalle sentenze della Corte costituzionale che gli hanno esplicitamente riconosciuto rango costituzionale»[122]. La Cassazione coglie subito l'occasione per ricordare che «la sentenza n. 364 del 1988 ha anche fatto esplicito riferimento alla colpa quale violazione di regole preventive collegate al complessivo risultato ultimo vietato, in tal modo non accogliendo la tesi di una colpa contrassegnata solo dalla prevedibilità ed evitabilità e non anche dalla violazione di una regola cautelare»[123]. Come è chiaro, trattasi di un passaggio di particolare interesse nella prospettiva che qui si sta sviluppando e che conduce le Sezioni unite a concludere che «l'unica interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza è quella che richiede, anche nella fattispecie dell'art. 586 c.p., una responsabilità per colpa in concreto, ossia ancorata ad una violazione di regole cautelari di condotta e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità, in concreto e non in astratto, del rischio connesso alla carica di pericolosità per i beni della vita e dell'incolumità personale, intrinseca alla consumazione del reato doloso di base»[124].

La difesa di tale impostazione è arricchita dalla Corte con argomentazioni di carattere sistematico e attente al principio di ragionevolezza, come quella – già affiorata nelle pagine precedenti di questa trattazione – che dà conto della riformulazione dell'art. 59, comma 2, c.p. nel senso di prevedere un'imputazione per colpa "persino" per le circostanze aggravanti e che, oltre a testimoniare la possibilità di ambientare la colpa anche in un contesto di base doloso, renderebbe incoerente un meno garantista regime di imputazione di elementi costitutivi dell'illecito[125]. Nella stessa direzione viene valorizzato il riferimento alla colpa che si trova nell'art. 83 c.p., al-

[122] Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit., punto 10 dei «Motivi della decisione».

[123] Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit., punto 11 dei «Motivi della decisione».

[124] Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit., punto 11 dei «Motivi della decisione».

[125] Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit., punto 12 dei «Motivi della decisione».

la cui disciplina fa esplicito rinvio proprio l'art. 586 c.p., precisando giusto la necessità di procedere a un aumento di pena rispetto a quella del concorso di reati. Quel riferimento testuale dovrebbe essere inteso nella sua accezione più piena, dato che – si afferma – «non esistono insuperabili ostacoli, normativi o logici, contro questa interpretazione»[126].

La sentenza respinge quindi tutte le obiezioni provenienti dalla tesi secondo cui si violerebbe il principio di non contraddizione dell'ordinamento concependo la colpa in contesti illeciti, per poi calibrare l'argomentazione in funzione del seguente (ineludibile) quesito: «se si tratta della stessa colpa presente nelle normali fattispecie colpose ovvero di una colpa che subisca delle modificazioni nella sua struttura e nel suo contenuto in conseguenza del fatto che l'agente, attraverso il delitto base doloso, si è collocato in un'area di illiceità penale». A tale quesito, la risposta offerta è nel senso che «se si ritiene che in quest'ultima ipotesi la colpa possa avere una fisionomia ed un contenuto particolari, si corre il rischio che si possa poi giungere di fatto ad un impoverimento e ad uno svuotamento del contenuto della colpa, con risultati pratici sostanzialmente identici a quelli della responsabilità oggettiva, o della colpa presunta per violazione di legge penale, o della colpa da prevedibilità in astratto dell'evento non voluto, ossia ad applicazioni pratiche solo formalmente rispettose del principio di colpevolezza, ma sostanzialmente non conformi allo stesso»[127].

Per completare il quadro, la Corte si pronuncia sul modello di agente da prendere in considerazione per edificare la regola cautelare e su questo punto in particolare avverte la necessità di precisare la propria posizione: «Ovviamente, si dovrà fare riferimento non già alla condotta di un ipotetico "delinquente modello", bensì alla condotta che ci si poteva ragionevolmente attendere, in relazione all'evento non voluto, da un individuo medio e razionale, posto nel-

[126] Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit., punto 13 dei «Motivi della decisione».

[127] Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit., punto 13 dei «Motivi della decisione».

la medesima situazione in cui si è trovato l'agente reale»[128]. Con riferimento al delitto doloso di base in rilievo nel caso concreto, cioè quello di cessione di sostanze stupefacenti, il concetto è quindi così declinato: «per agente modello non si deve intendere uno "spacciatore modello", ma una persona ragionevole, fornita, al pari dell'agente reale, di esperienza nel campo della cessione ed assunzione di sostanze stupefacenti e consapevole della natura e dei normali effetti della sostanza che cede»[129].

Questa sentenza è stata accolta con favore dalla dottrina per la sua sensibilità nei confronti del principio di colpevolezza, che, senz'altro, impone di rifiutare (oltre che una dichiarata responsabilità oggettiva) insidiosi automatismi come quello che pretende di ravvisare sempre, nell'integrazione della fattispecie di cessione di stupefacenti, (anche) una violazione cautelare (o comunque un tasso di prevedibilità) in grado di giustificare, di per sé, l'imputazione al cedente dell'evento lesioni personali o morte dell'assuntore. Fermo questo apprezzamento di carattere generale, la pronuncia in questione ha però ricevuto commenti di segno opposto, specialmente in merito alla possibilità che in simili contesti, viziati da una illiceità penale del comportamento di base, di vera colpa si possa parlare. Nello specifico, il percorso argomentativo di parte della dottrina si distanzia da quello della Corte con riferimento a tutto ciò che la sentenza "aggiunge" rispetto al parametro della concreta prevedibilità dell'evento, che, a ben vedere, sembra rappresentare il "minimo comune denominatore" della maggior parte delle impostazioni della letteratura penalistica sul tema.

Come argomentazione coerente rispetto alla supposta violazione del principio di non contraddizione dell'ordinamento si fa leva sul fatto che la pretesa di edificare regole cautelari in *re illicita* si scontrerebbe in modo insuperabile con la constatazione dell'inesistenza di un patrimonio deontico consolidato relativo alla realizzazione di comportamenti criminosi. Mentre nei contesti leciti l'agente modello (l'*homo eiusdem professionis et condicionis*) si fa portavo-

[128] Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit., punto 13 dei «Motivi della decisione».

[129] Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit., punto 15.1 dei «Motivi della decisione».

ce (in alternativa o in sinergia rispetto al legislatore) della cristallizzazione di regole precauzionali di condotta frutto della migliore esperienza nell'esercizio di un'attività consentita dall'ordinamento ancorché pericolosa, quando si è in presenza di condotte di rilevanza penale non sarebbe possibile – si dice – ricavare dei protocolli operativi di efficacia preventiva supportati da un procedimento di elaborazione parimenti attendibile. Tanto l'agente modello inteso in senso tradizionale quanto la sua variante proposta dalla Corte (e consistente nella «persona ragionevole» alle prese con la medesima attività esercitata dal soggetto agente) sarebbero figure a "disagio" in un contesto illecito, incapaci della prestazione di suggerire un collaudato codice di comportamento pur sempre criminale ma che garantisca allo stesso tempo un adeguato livello di cautela, cioè un contenimento dei rischi dell'attività vietata. Da più parti si cerca infatti di far emergere il carattere grottesco e quindi velleitario del tentativo di scolpire i tratti di un «delinquente modello», evidenziando come le stesse Sezioni unite abbiano percepito imbarazzo di fronte a tale prospettiva, ma siano poi cadute in contraddizione nel momento in cui hanno cercato di connotare la «persona ragionevole» come soggetto «con esperienza nel campo della cessione ed assunzione di sostanze stupefacenti e consapevole della natura e dei normali effetti della sostanza che cede»[130].

Sul piano empirico, l'effetto di disorientamento che maturerebbe nel tentativo di "razionalizzare" (e misurare l'"adeguatezza" di) prassi preventive connesse a condotte criminali sarebbe dovuto – sembra di capire – a un "tradizionale" quanto "fisiologico" disinteresse deontico per i dettagli pericolosi di quei fenomeni che sono socialmente disapprovati al punto da dar luogo a illeciti penali; ma è evidente che non si tratta di un'osservazione di carattere puramen-

[130] Rileva in ciò una contraddizione A. Carmona, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite*, cit., pp. 4594 e 4595, secondo cui, appunto, «parlare di un uomo dotato dell'esperienza del fatto penalmente illecito (cessione e assunzione di stupefacenti) è comunque riferirsi all'uomo delinquente (spacciatore modello) e non certo al "*buon padre di famiglia*" penalistico»; desumendone che «la tipicità oggettiva sottostante non è quella che, in tutti i suoi elementi, costituisce la "colpa" in senso pieno» (p. 4595). Si vedano anche M. Donini, L. Ramponi, *Il principio di colpevolezza*, cit., p. 323, per cui «l'espressione coniata dalla Suprema Corte non riesce a nascondere dietro un eufemismo il riferimento allo «spacciatore modello»».

te esperienziale dotata di dignità autonoma, perché la ragione assorbente, in questa prospettiva, sembra rimanere quella per cui di un comportamento vietato non si potrebbe predicare la doverosità, sempre in omaggio al principio di non contraddizione dell'ordinamento.

In definitiva, la tenuta della critica alle Sezioni unite, almeno in ampia misura, sta e cade insieme all'accettabilità dell'assunto di fondo per cui non potrebbe vietarsi una determinata gamma comportamentale e subordinatamente prescriversi di tenere gli stessi comportamenti almeno in modo cauto. Come si è cercato di far emergere nel paragrafo precedente, sembrano invece esserci valide ragioni per imporre (anche) a chi attivi rischi illeciti di governarli in modo da non cagionare eventi di proporzioni offensive più significative rispetto a ciò che effettivamente si vuole. Il fatto che, al di là dell'aspetto deontico, unanimemente si riconosca comunque possibile immaginare comportamenti cauti nell'agire criminale offre uno stimolo che, nella prospettiva che qui si sta sviluppando, non può certo essere trascurato.

3.3.2. *Il comportamento subordinatamente doveroso nella prospettiva delle regole cautelari «proprie»*

Il tentativo delle Sezioni unite di rapportare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento a un soggetto con esperienza nell'attività criminosa esercitata si può comprendere in ragione del fatto che il comune cittadino ben potrebbe essere all'oscuro delle peculiarità di taluni rischi illeciti. È forse persino auspicabile, almeno da un certo punto di vista, che i consociati non abbiano dimestichezza con certe tipologie di condotta: ad esempio, manovrare lame per ferire altre persone; sferrare calci e pugni o bastonate al corpo; confezionare dosi di sostanze stupefacenti dal potenziale letale ecc. Tuttavia diviene necessario, nel momento in cui l'attività viene intrapresa (rendendo il soggetto già meritevole di punizione), chiedersi, in una prospettiva *ex ante*, in che modo eventi più gravi e quindi suscettibili di una responsabilità maggiorata possano essere evitati.

Occorre, a questo punto, misurarsi con l'obiezione, tipica del-

le tesi contrarie alla configurabilità della colpa in contesti illeciti, per cui il criterio dell'evitabilità dell'evento non potrebbe qui giocare alcun ruolo, essendo l'evento sempre prevenibile attraverso la radicale astensione dal comportamento di base[131]. Una simile impostazione del problema, se sembra in qualche modo in linea con la tendenza a parlare di «comportamento alternativo lecito» quando si deve valutare l'efficacia del comportamento conforme alla regola cautelare (in concreto non osservata), sembra peccare di massimalismo e non è quindi condivisibile, se non al "risparmiabile" costo di ritornare a mettere in discussione la questione relativa alla doverosità subordinata di comportamenti comunque illeciti. Al riguardo, si noti peraltro che, sul piano linguistico, autorevole dottrina ha opportunamente messo in evidenza la generale preferibilità dell'espressione «condotta alternativa doverosa»[132], che agevolerebbe, di fatto, anche il superamento del pudore nel concepire la doverosità di un comportamento illecito: si potrebbe allora parlare, nei contesti illeciti, di *comportamento subordinatamente doveroso*[133]. Ma, al di là di questioni terminologiche, che potrebbero apparire come meri aggiustamenti formali, si tratta di considerare attentamente il doppio piano operativo dell'evitabilità dell'evento, consentendo così di mettere a fuoco talune peculiarità – che in effetti esistono – della colpa in attività illecita.

---

[131] Ad esempio, M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 428.

[132] Così, ad esempio, G. Marinucci, *La responsabilità colposa*, cit., p. 12. In termini che non sembrano inconciliabili con ciò che si vuole sostenere nel testo, si veda anche K. Summerer, *Causalità ed evitabilità*, cit., p. 423: «sarebbe più corretto parlare invece che di "nesso tra colpa ed evento", di nesso di illiceità (o nesso di antidoverosità, nesso di rischio), sottolineando l'esigenza di affrancare la teoria della imputazione oggettiva dall'ambito dei soli reati colposi e di sostenerla come teoria generale della imputazione». In nota (298), si precisa: «L'equivoco nasce probabilmente dall'uso del termine tedesco "*Pflichtwidrigkeit*", che in italiano viene tradotto con "colpa", benché nella dottrina tedesca indichi di frequente l'illiceità in generale di un fatto (nel senso di contrarietà al diritto, di antidoverosità). Occorre tuttavia riconoscere che la stessa dottrina tedesca non è affatto chiara sul punto, essendovi autori che parlano di *Pflichtwidrigkeit* con esclusivo riferimento ai reati colposi e autori che estendono tale concetto a tutti i reati (in linea, del resto, con la dottrina più antica)».

[133] Esplicitamente contrario alla configurazione in via subordinata di regole cautelari *in re illicita*, F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 198 e 199, che pure rileva come la tipizzazione di un «precetto secondario subordinato alla violazione del primo» sia tutt'altro che ignota persino al legislatore.

C'è già stato modo di ricordare che, nell'imputazione di un evento non voluto, l'evitabilità entra normalmente in scena sia quando si tratta di ricavare la regola cautelare (fornendo le istruzioni operative mirate appunto ad evitare il risultato tipico), sia quando si valuta l'efficacia che avrebbe avuto nel caso concreto l'osservanza della regola cautelare stessa. Tale duplicità di momenti di valutazione è importante perché, essenzialmente, non permette un'ingiusta condanna quantomeno nei casi in cui l'evento si sarebbe verificato in termini pressoché identici anche rispettando la regola cautelare violata, evidenziando così il suo «fallimento»[134].

Trattasi di accertamento sempre opportuno, ma che talvolta è di speciale delicatezza, se si pensa che non è raro che si considerino quali valide regole cautelari pure comportamenti che, già *ex ante*, non hanno l'ambizione o comunque la capacità di azzerare del tutto il rischio di verificazione dell'evento. Le attività pericolose ma non vietate dall'ordinamento sono infatti spesso esercitabili anche accettando che i soggetti che le intraprendono contengano la possibilità di verificazione di eventi indesiderati entro una determinata soglia di «rischio consentito», cioè quella tracciata dal rispetto delle regole cautelari, che, in definitiva, sostanziano un convenzionale bilanciamento tra libertà di azione e tutela degli interessi che si trovano a essere esposti sullo sfondo. Appunto perché si tratta di operare un bilanciamento, non è detto che l'ordinamento possa oppure voglia garantire un "rischio zero" come effetto del rispetto delle regole cautelari. A maggior ragione quando una garanzia del genere manca, non è affatto superfluo interrogarsi in merito alle probabilità che l'evento si sarebbe verificato lo stesso in caso di rispetto della regola cautelare violata.

Nel porre in essere condotte disapprovate come quelle che integrano un delitto doloso, si è tenuti a ripensare il concetto di rischio consentito, dovendosi riconoscere che in tali casi l'ordinamento non ha interesse a tollerare pericoli "accessori". Il che non significa, però, che non possa avere luogo alcuna valutazione deontica subordinata e funzionale a un giudizio di colpa, come si è cercato di far

[134] Sul concetto di fallimento della regola cautelare, in particolare, P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 60 ss.

emergere. Nessun disinteresse dell'ordinamento: semmai proprio il contrario, cioè una minor tolleranza, che si traduce nella pretesa che l'attività illecita sia posta in essere senza riconoscibili rischi ulteriori per i beni giuridici coinvolti.

Quanto precede può essere declinato in termini ancora più specifici, facendo emergere un aspetto centrale, talvolta trascurato anche da coloro che non hanno dubbi sull'esistenza di un dovere di precauzione collegato all'agire criminoso: le regole cautelari concepibili *in re illicita* sono quelle che parte della dottrina, efficacemente, definisce «proprie», cioè volte a garantire, almeno in una prospettiva *ex ante*, il "risultato pieno", ossia non la semplice riduzione ma un tendenziale azzeramento di specifici rischi di verificazione di eventi tipici (diversi da quelli voluti)[135].

L'eventuale imbarazzo nella definizione dell'impegno cautelare può e deve essere superato non cercando necessariamente di individuare una in particolare tra le possibilità realizzative di una condotta illecita[136]. Del resto, anche rispetto alle condotte consentite dall'ordinamento è ben possibile che non ci sia un solo modo cauto di comportarsi, ma che le cautele siano fungibili, come è stato evidenziato da parte della dottrina[137]. Quanto alla realizzazione di una condotta criminosa, se si può anche convenire sul fatto che, spesso, non sia semplice ricavare suggerimenti collaudati su "come fare" esattamente, è però altrettanto vero che è ben possibile determinare, tramite una mappatura oggettiva dei rischi connessi a un determinato agire del quale si conoscano le possibili implicazioni, "cosa non fare" al fine di "limitare i danni".

Affinché possano raccordarsi con la realtà, gli accorgimenti precauzionali devono tenere conto delle principali modalità realizzati-

---

[135] P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 15 ss.

[136] In questo modo si può fronteggiare la provocazione di M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 428, il quale si chiede: «al posto di una martellata alla tempia (cui è conseguita preterintenzionalmente la morte) dove avrebbe "dovuto" essere inferto quel colpo? Ognuno provi a rispondere da sé….». Per un'impostazione del problema alternativa e in parte assonante rispetto a quella che si sta sviluppando nel testo, si veda A. Bondi, *I reati aggravati dall'evento*, cit., p. 203 ss.

[137] Su questo aspetto, si vedano, in termini comunque non del tutto coincidenti, in particolare, L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., pp. 505 e 506; D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., pp. 286 ss., 379 e 525.

ve dell'illecito di base, nel senso che se ci si rapporta, ad esempio, a un'aggressione con un bastone non sembra proficuo richiamare l'attenzione sulle cautele che potrebbe impiegare il soggetto che agisce a mani nude. Ovviamente, tale procedimento di concretizzazione non deve surrettiziamente trasformarsi in un privilegio per coloro che intendano fare ricorso alle più pericolose modalità realizzative dell'illecito: se quelle modalità realizzative non consentono affatto un ragionevole azzeramento del rischio di eventi ulteriori, allora – ma solo in quel caso – non c'è una "valida" alternativa all'astensione da quell'intera tipologia comportamentale. Pertanto, il soggetto avventuratosi lo stesso in una simile area di rischio non può certo considerarsi completamente al riparo da una responsabilità maggiorata adducendo la messa in pratica di qualche misura comunque rispondente a fini cautelari[138]: tali accorgimenti potrebbero incidere sul decorso causale reale e magari riuscire effettivamente a scongiurare l'evento, ma se così non fosse non potrebbero giustificare, di per sé, l'esclusione della colpa per il risultato verificatosi *praeter intentionem*.

Il fatto che sia effettivamente più semplice porre l'accento su ciò che, "in negativo", è bene non fare piuttosto che su dubitabili "virtù" o prestazioni "a regola d'arte" del delinquente, non implica che si stia negando carattere modale alla regola cautelare. Se mai se ne dubitasse, dovrebbe bastare considerare che le astensioni che si rendono subordinatamente doverose non riguardano l'attività illecita *tout court*, ma sue precise modalità (!) realizzative e non altre[139].

---

[138] La sua condizione sarà simile rispetto a quella del soggetto che, nell'esercizio di un'attività lecita, abbia cercato di prevenire in qualche modo l'evento, ma in termini *ex ante* inadeguati, ponendosi cioè oltre la soglia del rischio consentito.

[139] Mentre, ad esempio, Fausto Giunta, che è tra i principali teorizzatori del carattere modale della regola cautelare, si esprime in senso contrario a riconoscere dignità cautelare a un contegno astensivo (F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 88 e 89), altri, pur condividendo la premessa di partenza, ritengono che non si presentino particolari ostacoli o che, comunque, si tratti di un problema relativo: ad esempio, P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., pp. 18 e 19: «Nella presente prospettiva, in ultima analisi, il dovere di astensione va posto sullo stesso piano delle regole cautelari "proprie", rappresentando anzi l'opzione "per eccellenza" idonea all'azzeramento del rischio, ancorché comportante un'altrettanto drastica compressione della libertà di azione» (p. 19).

Così, tornando all'esempio del bastone, se l'obiettivo criminoso del soggetto è percuotere o provocare non più che delle lesioni personali (quindi non la morte), ecco che è ipotizzabile la regola cautelare propria che (non suona esplicitamente nel senso di indirizzare l'agente a colpire, ad esempio, le dita, ma) impone di non colpire in testa, perché, come è ben noto, esercitando violenza con un oggetto del genere al capo di una persona, il rischio di morte si presenta in percentuale "apprezzabile", da intendersi come sinonimo di non remota e non indistinguibile dal caso fortuito[140].

A ben vedere, anche al di fuori del contesto preterintenzionale si possono individuare regole cautelari strutturate in modo analogo e non si dubita che siano alla base di un vero e proprio giudizio di colpa. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di colpa per assunzione, che si incentrano sull'aver posto in essere una condotta che andava omessa per incompetenza nella gestione dei relativi rischi oppure ancora a quei casi di creazione di un rischio non intrinsecamente criminoso ma comunque semplicemente da evitare in quanto del tutto eccentrico e non governabile tramite regole cautelari che suggeriscano, "in positivo", modalità preventive dell'evento: un esempio può essere quello, ormai classico, almeno nella dottrina tedesca, dello scherzo consistente nel togliere la sedia a uno studente che le sta per affidare il proprio corpo e che finisce invece per cadere riportando lesioni (non dolose, trattandosi appunto di uno scherzo)[141].

---

[140] Ovviamente, trattasi di regola cautelare propria non con generico riferimento a qualsiasi sviluppo dell'evento mortale, ma prendendo in considerazione la morte conseguente a un trauma cranico. Non pare necessario richiamare direttamente letteratura medica per comprovare una significativa correlazione sul piano causale tra l'esercizio di violenza alla testa e trauma cranico con sviluppi mortali. Guardando ai repertori di giurisprudenza, si veda, ad esempio, un passaggio delle motivazioni di Cass. pen., sez. V, 13 settembre 2018, n. 50505, in *DeJure* (relativa alla morte – addebitata a titolo di omicidio preterintenzionale – di un soggetto colpito alla testa con un casco da motociclista): «Gli accertamenti medico-legali eseguiti in seguito all'autopsia, avevano ricondotto il decesso ad un grave trauma cranico fratturativo in regione parietale sinistra con ematomi collaterali, riconducibile ad una violenta compressione, impressa con meccanismo dall'esterno verso l'interno e da sinistra a destra, che aveva determinato la violenta compressione del cervello contro la superficie ossea controlaterale, con emorragia cerebrale e pluritraumatismo fratturativo evidenziante due lesioni ovoidali».

[141] I parallelismi sono tratti da M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 430 e 431, che attribuisce la paternità dell'esempio dello spostamento scherzoso

Nei casi appena considerati, così come nelle ipotesi preterintenzionali, il giudizio di evitabilità consistente nel sostituire la condotta reale con quella conforme alla regola cautelare per poi chiedersi se l'evento si sarebbe verificato lo stesso – si allude ora al secondo piano operativo dell'evitabilità o, meglio, alla sua seconda accezione, diversa cioè da quella funzionale alla definizione del contenuto della regola di comportamento – si atteggia in termini peculiari. La dottrina non ha mancato di notare come la difficoltà nell'individuare comportamenti precisi da inserire nel giudizio controfattuale al posto della condotta tenuta faccia sì che tale verifica si riduca sostanzialmente a un accertamento della causalità materiale e sia tutt'altro che decisiva per l'affermazione della colpa[142]. Questo dunque pare essere il problema nel dettaglio; il che conferma che sarebbe invece riduttivo e non meno sterile liquidare ancor prima la questione osservando che l'evento verrebbe certamente evitato – peraltro, così può anche non essere[143] – tramite la radicale astensione dalla condotta illecita.

Se l'accertamento dell'evitabilità (nell'accezione di *decisività* della violazione della regola cautelare) sembra quindi offrire prestazioni poco soddisfacenti *in re illicita*[144], occorre domandarsi se sorte analoga riguardi l'altro importante nesso normativo tra colpa (*rectius*: inosservanza cautelare) ed evento, per cui si deve accertare che

---

della sedia a F. Nowakowski, *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, in *Juristen-Zeitung*, 1958, p. 337.

[142] In tal senso, in particolare, M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 431 e 432.

[143] *Ibidem*, p. 431, il quale evidenzia che «gioverà sempre la prova della *inevitabilità* dell'evento in caso di condotta di base lecita».

[144] Lo riconosce S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 164 ss. Ritiene di poter ricavare un ruolo («residuo») per l'evitabilità soltanto nelle ipotesi di evento condizionale o qualificante che sia imprevedibile al momento della condotta F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., p. 1512; una prospettiva certo non priva di criticità circa il raccordo tra la colpevolezza e il compimento del fatto illecito. Non sembra un caso che in una monografia relativamente recente sul complesso universo dell'evitabilità si sia scelto di non dedicare spazio alla fisionomia che il giudizio di *decisività* della violazione cautelare assume nello specifico ambito degli illeciti preterintenzionali. Nella stessa trattazione, si trovano però non scontate considerazioni sul tema dell'evitabilità con riferimento ai reati dolosi, volte a dimostrare la generale validità di alcune logiche di imputazione normativa dell'evento: K. Summerer, *Causalità ed evitabilità*, cit., p. 352 ss.

il risultato maturato sia proprio tra quelli che la violazione cautelare mirava a prevenire; in sintesi: la *pertinenza* dell'inosservanza cautelare rispetto all'evento concreto.

Al riguardo, sembra opportuna una precisazione preliminare, funzionale a evitare che guardare a regole cautelari di contenuto essenzialmente "negativo" possa incidere sulla corretta impostazione del problema: se un soggetto si è astenuto dal porre in essere uno specifico rischio di verificazione dell'evento non è escluso che la responsabilità possa fondarsi sulla violazione di una diversa regola cautelare. Così, non aver accoltellato al torace (rischiando di colpire il cuore) ma averlo fatto alla coscia è una condotta che può comunque indiziare la colpa dell'agente, in particolare in caso di morte per lesione dell'arteria femorale.

Al di là di quanto appena considerato, che dovrebbe semplicemente consentire di non sostenere ingenue pretese assolutorie per non aver attivato rischi che nulla hanno a che fare con lo sviluppo concreto dell'evento, è piuttosto quando una regola cautelare viene violata che la fedeltà al principio di colpevolezza – se non già a quello di responsabilità per fatto proprio – richiede speciale attenzione. Nell'approccio a tali ipotesi, non si vedono valide ragioni per non riproporre le migliori acquisizioni del percorso di affrancamento della responsabilità colposa dalla logica incostituzionale del *versari in re illicita*. Pertanto, anche potendo individuare una violazione cautelare ben specifica e senza scadere quindi nella più volte censurata colpa in astratto per violazione della legge penale, occorre prestare attenzione al fatto che l'evento si sia verificato proprio in ragione della inosservanza della regola di cautela assunta come fondamento del giudizio di colpa; questa volta da un punto di vista più qualitativo, in termini di "congruenza" e non secondo una metodologia "causale" (controfattuale), come invece nell'accertamento dell'evitabilità. Se tale *Schutzzweckzusammenhang* non è riscontrabile (se, cioè, la maturazione dell'evento concreto è eccentrica rispetto allo scopo protettivo della regola cautelare), l'imputazione dell'evento non può affermarsi[145]. È proprio su questo piano – gravido di implicazioni – che si apprezza gran parte dell'importanza di concepire in una di-

[145] Si rinvia a S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 166 ss.

mensione deontica la prevedibilità concreta dell'evento più grave di quello voluto: un aspetto fondamentale non di rado appannato da parte significativa della dottrina di lingua tedesca (nonostante il diffuso accoglimento dell'*objektive Zurechnungslehre*), così come da quei settori della dottrina italiana che si limitano alla prevedibilità di per sé[146].

Un esempio tratto dalla casistica giurisprudenziale sembra poter chiarire quanto si è appena affermato[147]. In sede di merito sono stati condannati per omicidio preterintenzionale due soggetti che, all'esito di un'accesa discussione, avevano colpito una terza persona in più parti del corpo con una mazza da baseball e con una spranga di ferro. Ciò che interessa evidenziare di questa vicenda è che il soggetto colpito dai mezzi appena indicati riportò «lesioni personali consistenti in trauma cranico, trauma spalla, avambraccio e mano destra, avambraccio e gomito sinistro, con frattura del gomito, numerose ferite lacero-contuse», decedendo in ospedale, circa due settimane dopo l'aggressione, per «arresto cardiocircolatorio».

Certamente, come detto nelle pagine precedenti, l'esercizio di violenza indirizzata alla testa di una persona rappresenta una violazione della regola cautelare finalizzata a prevenire la morte di soggetti volontariamente lesi con oggetti simili a quelli in concreto im-

---

[146] Si veda la ripetuta precisazione sul punto di F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., ad esempio, nelle p. 548 ss., che attribuisce appunto a parte della dottrina (e della giurisprudenza) di lingua tedesca una radicale quanto indebita estromissione dal terreno operativo del criterio della prevedibilità di quel profilo che in questa trattazione si è finora indicato parlando di *pertinenza* della violazione cautelare; in seguito Id., *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita*, cit., in particolare p. 949 ss. Compromissoria sembra la posizione di M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 28, il quale, pur non credendo nella possibilità di configurare doverose regole cautelari funzionali all'imputazione dell'evento *praeter intentionem*, ipotizza comunque l'esclusione della responsabilità qualificata in uno specifico caso di morte dell'assuntore di stupefacenti, proprio in ragione del fatto che nell'evento si sarebbe concretizzato un rischio diverso da quello pur attivato con il fatto di base consistente nell'attività illecita di cessione: il ferimento dell'assuntore a causa di una caduta per overdose e il successivo fatale errore del personale ospedaliero nella emotrasfusione con plasma di gruppo incompatibile metterebbero in discussione la «congruenza tra il rischio iniziale e l'evento».

[147] Cass. pen., Sez. V, 2 luglio 2014, n. 35709, in *DeJure*. Risulta pubblicata anche la sentenza di appello (Corte ass. app. Milano, Sez. I, 19 dicembre 2012), in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2013, con nota di A. Aimi, *Omicidio preterintenzionale e principio di colpevolezza*.

piegati. Il fatto che la vittima abbia riportato un trauma cranico significa che tale regola cautelare fu verosimilmente violata, mentre le altre manifestazioni obiettive dell'aggressione non sembrano far pensare a colpi sferrati con un concreto potenziale mortale. Ebbene, i giudici di merito hanno condannato per il delitto di cui all'art. 584 c.p. anche se la morte si è verificata per effetto di un decorso causale indipendente dal trauma cranico. Il processo ha accertato che la vittima era tossicodipendente e si trovava in condizioni di salute non ottimali al momento dei fatti. Giunta all'ospedale, la persona ferita ha tenuto un atteggiamento fortemente indisciplinato, consistente, ad esempio, nel non assecondare le indicazioni terapeutiche dei medici, nel fumare e assumere cocaina. La causa della morte è stata messa in relazione più che altro con gli effetti di un intervento in anestesia totale resosi necessario per far fronte alle fratture al gomito; intervento che ha peggiorato le già precarie condizioni di salute, poi collassate per via del comportamento «sconsiderato» – così si esprime la Cassazione – della stessa vittima.

Come è evidente, il caso alimenta plurimi motivi di perplessità sul giudizio di condanna[148], che pure è stato "ratificato" anche in sede di legittimità[149]. Questa vicenda verrà ripresa più avanti, pro-

[148] Le perplessità riguardano non tanto l'*an* della condanna, ma l'addebito (anche) dell'evento più grave di quello voluto. Non si intende infatti mettere in discussione la responsabilità per il delitto di lesioni personali, che pure i ricorrenti consideravano scriminato per sussistenza di legittima difesa (evidenziando che la vittima si era presentata con toni scontrosi e armata di una picozza). L'invocazione della scriminante potrebbe più che altro rappresentare un elemento informativo sul contesto, indiziando cioè la scarsa plausibilità di un tentato omicidio, nonostante la pluralità dei colpi e le zone attinte, tra cui il capo.

[149] Non è forse superfluo dare conto di come uno dei due ricorrenti si desse per sconfitto in partenza in merito alla necessità di accertare una colpa come criterio di imputazione dell'evento morte, giocando le proprie carte fondamentalmente sull'anomalia del decorso causale concreto: «È noto che, per dottrina e giurisprudenza prevalenti, la fattispecie di cui all'art. 584 c.p. comporta una sorta di "presunzione di prevedibilità" dell'evento più grave in capo all'agente che ha posto in essere gli atti lesivi dell'altrui integrità fisica. In sintesi, la sussistenza dell'omicidio preterintenzionale si fonda in maniera determinante sul nesso di causalità tra l'azione voluta e la conseguenza non voluta. Così stando le cose, certamente la motivazione sulla sussistenza del nesso causale e sulla mancanza di interferenze causali avrebbe dovuto essere ben più stringente e serrata rispetto a quella che hanno evidenziato le due sentenze di merito». A testimonianza della aderenza alla realtà (quantomeno con riferimento alla giurisprudenza) della avvilente premessa del ri-

prio per esprimere tutti i dubbi circa il fatto che eventi del genere siano da considerarsi normativamente un "fatto proprio" degli autori del fatto di base. Ciò che interessa ora mettere a fuoco è che la regola cautelare consistente nel non colpire la testa di una persona con una mazza da baseball oppure con una spranga di ferro è stata sì violata, ma il rischio mortale specifico che in tal modo si è attivato (quello di decesso come ben prevedibile sviluppo di un trauma cranico) non si è concretizzato nell'evento. Tale risultato, nella sua dimensione concreta, a ben vedere, non appare lo sviluppo prevedibile di nessuna ulteriore violazione cautelare addebitabile agli aggressori. In particolare, non essendo ragionevolmente ipotizzabile che per effetto di uno o più colpi al gomito si verifichi la morte di una persona, la scelta di percuotere tale zona del corpo non sostanzia alcuna inosservanza precauzionale nella prospettiva di tutelare il bene giuridico vita[150]. Non sarebbe affatto corretto cambiare idea alla luce dell'esperienza di questa specifica vittima, perché la catena causale è decisamente anomala e solo la fallacia del senno di poi, quindi una prospettiva surrettiziamente *ex post* e non *ex ante*, potrebbe supportare una convinzione diversa. Pertanto, sembra doversi concludere che i due "battitori" potessero essere condannati soltanto per le lesioni personali volontariamente inferte[151].

---

corrente, la Corte ha infatti liquidato in poche parole ogni dubbio al riguardo: «Come è noto, la struttura del delitto di cui all'art. 584 c.p. è tale da comportare un duplice accertamento sul versante probatorio: innanzitutto, va chiarito se la vittima sia stata oggetto di percosse o lesioni da parte degli imputati (ma anche di atti diretti a ledere o percuotere); in secondo luogo, si deve verificare se la morte sia conseguenza causalmente ricollegabile all'aggressione subita dalla vittima stessa». Scorrendo le motivazioni di questa sentenza, effettivamente, né la colpa né la prevedibilità dell'evento vengono mai concepite nell'orizzonte probatorio della responsabilità preterintenzionale.

[150] Forse sarebbe stato diverso, sempre in una prospettiva *ex ante*, se il gomito fosse stato raggiunto da colpi di arma da taglio, perché in quella zona del corpo si trova l'arteria brachiale (o omerale), la cui recisione può rappresentare un rischio mortale.

[151] A queste conclusioni perviene, già nel commento della sentenza d'appello, anche A. Aimi, *Omicidio preterintenzionale e principio di colpevolezza*, cit., in particolare nel par. 8.

3.3.3. *La problematica individuazione di un preciso modello di agente e il grado della* culpa in re illicita

Fino a questo punto, ci si è preoccupati di chiarire come la prevedibilità in concreto possa tradursi nella configurazione di specifiche regole precauzionali volte a prevenire eventi più gravi di quelli (illeciti) voluti e si è cercato anche di comprendere quali siano, nel contesto preterintenzionale, le potenzialità e i limiti degli importanti nessi normativi tra inosservanza cautelare e risultato tipico: una tematica su cui si tornerà ampiamente nelle pagine in cui si affronteranno nel dettaglio i profili pertinenti alla responsabilità per fatto proprio, alle quali pertanto si rinvia. Il discorso ha volutamente fatto astrazione, almeno in parte, da un aspetto fondamentale, già accennato nella ricognizione delle prese di posizione delle Sezioni unite sulla fattispecie dell'art. 586 c.p. e che ora non può più essere trascurato: qual è, esattamente, il parametro di valutazione della prevedibilità? In altre parole, per chi deve essere prevedibile l'evento? Si tratta di una prevedibilità oggettiva o soggettiva? Gli stessi quesiti potrebbero riferirsi anche all'evitabilità; la semplificazione si giustifica per sviluppare una risposta che possa confrontarsi, almeno in prima battuta, con la maggior parte degli orientamenti, dato che solo alla prevedibilità, come visto, è diffusamente riconosciuto un carattere indefettibile nel contesto in esame.

La ricognizione della letteratura penalistica su questo specifico punto rispecchia quella pluralità di visioni che si è incontrata finora nell'approccio all'illecito preterintenzionale. Concentrando l'attenzione sulle posizioni dichiaratamente orientate dall'ambizione di rispettare il principio di colpevolezza e che, quindi, escludono che possa essere bastevole una prevedibilità in astratto, si possono distinguere parametri che declinano diversamente ingredienti oggettivi e soggettivi, così definibili pur con la consapevolezza della relatività di tali aggettivi.

Coloro che non credono nella possibilità che *in re illicita* maturino doverose regole cautelari propongono per lo più di impiegare criteri che vanno da una prevedibilità spiccatamente oggettiva, intesa sostanzialmente come adeguatezza causale della condotta di base rispetto all'evento, fino a versioni della prevedibilità ampiamente

appiattite sulla prospettiva dell'agente concreto e che vorrebbero valorizzare l'idea della possibilità individuale di prevedere l'evento[152]. Tesi più vicine alla sensibilità delle Sezioni unite (e che anzi sembra ne abbiano proprio ispirato in misura significativa le motivazioni)[153] ritengono possibile e opportuno individuare un modello di agente a cui rapportare la prevedibilità (e, talora, anche l'evitabilità) dell'evento, alludendo talvolta allo stesso *homo eiusdem professionis et condicionis* normalmente immaginato alle prese con attività illecite, in altri casi alla figura della «persona ragionevole» oppure ancora all'«uomo mediamente avveduto».

Nelle pagine precedenti, la posizione di chi scrive è già in parte affiorata quando si è preso atto dell'inadeguatezza del concetto di rischio consentito *in re illicita* e della connessa necessità di immaginare le condotte delittuose come presidiate da regole cautelari «proprie», funzionali a una quasi certa prevenzione dell'evento più grave di quello voluto. Cercando di mantenere coerenza con tale prospettiva di fondo, anzi al fine di esplicitarla maggiormente, sembra proficuo sviluppare qualche considerazione su alcuni profili problematici delle diverse impostazioni riscontrabili in dottrina.

Il tentativo di parametrare il comportamento adeguato allo scopo preventivo facendo riferimento a un modello particolare di agente cerca comprensibilmente di trovare un equilibrio accettabile tra prevenzione generale e istanze di colpevolezza, assumendo evidentemente che una prevedibilità oggettiva pura poco aggiungerebbe rispetto alla valutazione del nesso di causalità, allargando di troppo l'area della punibilità, e che, al contrario, una prevedibilità calibrata eccessivamente sull'agente concreto potrebbe rappresentare un

---

[152] È impossibile far emergere tutte le sfumature delle posizioni evocate nel testo; posizioni delle quali si è peraltro, in parte, già dato conto in precedenza. Ad esempio, insiste nel porre l'accento su un «potere», rifiutando la logica del «dovere», R. Bartoli, *"Colpa" in attività illecita*, cit., p. 1050 ss.

[153] La sentenza sembra cercare una sintesi tra le diverse concezioni del modello di agente *in re illicita* sviluppate, in particolare, da Stefano Canestrari e Fabio Basile e alle quali ci si dedicherà tra poco nel testo. Alla sensibilità del primo la sentenza pare vicina quando parla di «individuo medio e razionale» (punto 14 dei «Motivi della decisione»), mentre l'impronta della Scuola milanese si può riconoscere nel ricorso, in un altro passaggio della stessa pronuncia, all'espressione «persona ragionevole» (punto 15.1 dei «Motivi della decisione»).

criterio di giudizio troppo "blando", la cui inadeguatezza è ben evidenziata in tutti gli studi fondamentali di teoria della colpa, almeno quando la colpa stessa è intesa nella sua dimensione normativa[154].

Le prestazioni dell'agente modello paiono oggetto di una sopravvalutazione quando si allude, come fa Fabio Basile, ad alcune ipotesi di colpa maturata in un contesto non già intrinsecamente criminoso ma soltanto occasionalmente viziato dalla commissione di un illecito penale, al fine di dimostrare l'identità tra il criterio di imputazione dell'evento non voluto *in re illicita* e la colpa che si concepisce nell'esercizio di attività consentite[155]. Sono infatti condivisibili le critiche di altra parte della dottrina nella direzione di denunciare la scarsa rappresentatività di questa casistica[156], la quale viene esemplificata facendo riferimento, tra l'altro, alla realizzazione di un aborto illegale, che richiederebbe l'impiego delle stesse cautele esigibili dal medico che realizzi una lecita interruzione di gravidanza, oppure alla guida trasportando sostanze stupefacenti, che imporrebbe il ricorso alle stesse precauzioni in tema di circolazione stradale a cui si atterrebbe qualsiasi onesto cittadino (patentato) intenzionato a incarnare il guidatore modello[157].

Nei casi appena richiamati, sembra corretto porre l'accento sul fatto che il soggetto che si pone *in re illicita* è comunque tenuto a rispettare le precauzioni che disciplinano le eventuali "quote" lecite del proprio agire complessivo e che fisiologicamente per esse ha senso rapportarsi a uno o più agenti modello concepiti in modo

---

[154] Si vedano, in particolare, M. Gallo, voce *Colpa penale*, cit., p. 639; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 193. Efficace è la descrizione di S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 125, per cui «nei reati colposi il precetto non può polverizzarsi in tante norme quanti sono gli agenti».

[155] F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 303 ss.

[156] In particolare, S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 4486 e 4487; analogamente, 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.*, 2007, p. 453, nota 135; adesivamente rispetto ai due Autori appena citati, S. Putinati, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, cit., p. 355, nota 115; in senso analogo, M. Donini, L. Ramponi, *Il principio di colpevolezza*, cit., pp. 320 e 321.

[157] F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., pp. 304-306.

"tradizionale"[158]. Non è un caso che si tratti spesso di regole cautelari del tutto estranee alla logica che, verosimilmente, ha portato il legislatore alla tipizzazione dell'illecito qualificato dall'evento, come si capisce bene guardando a un'altra ipotesi esemplificativa formulata, cioè quella dell'intervento chirurgico che potrebbe avere carattere delittuoso (a titolo di lesioni personali) se realizzato a prescindere dal consenso del paziente e che, nondimeno, imporrebbe il rispetto delle stesse regole cautelari valide per quel tipo di intervento qualora praticato a una persona consenziente[159]. A prescindere da un'analisi della bontà della premessa, non è certo per sanzionare la produzione involontaria dell'evento morte in sala operatoria che il legislatore ha congegnato un istituto come quello dell'art. 584 c.p., la cui *ratio* è reprimere (già astrattamente ben immaginabili) sviluppi mortali di condotte aggressive. Proprio per queste ragioni, al di là di ciò che si può osservare su quest'ultimo specifico ambito casistico, che è decisamente peculiare, con riferimento a tanti altri con caratteristiche analoghe (ovvero incentrati sull'intersezione di un agire illecito con altre condotte prive dello stesso connotato), parte della

[158] In termini piuttosto simili, già V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale*, cit., in particolare p. 95, ove si aggiungono altri esempi, senza però volervi appunto ricavare l'implicazione che le prestazioni dell'agente modello possano essere sopravvalutate. Si ragiona, tra l'altro, sulla casistica della responsabilità colposa dell'esercente abusivo della professione – su cui, più nel dettaglio, in Id., *Brevi note in tema di circoncisione maschile rituale, esercizio abusivo della professione e lesioni*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 2590 ss. – senza mettere in dubbio che il suo agire debba essere parametrato all'agente modello, per poi però concludere che «in tutti questi casi la colpa non riguarda la cifra illecita del fatto, ma quella lecita, per cui è ovviamente una colpa "normale"». In analoga prospettiva, M. Donini, L. Ramponi, *Il principio di colpevolezza*, cit., pp. 320-322, che parlano di «colpa in attività illecita in senso lato», includendo in questa categoria, oltre a casi come quello del rapinatore in fuga, anche «quelli in cui il delitto base sia strutturato come delitto fondato sul momento autorizzativo, ovvero sia posto a presidio di un bene diverso ed eterogeneo rispetto a quello dell'evento ulteriore e più grave»: tra gli esempi, compare ancora la morte cagionata colposamente nell'ambito dell'esercizio abusivo della professione sanitaria. Per un altro esempio, sempre in un'ottica affine, A. Manna, *Corso di diritto penale*, cit., p. 745, che richiama (nell'ambito della trattazione del concorso formale di reati eterogeneo) il caso dell'autotrasportatore che «nell'atto di sottrarre un ingente quantitativo di carburante da un deposito per immetterlo nella propria autocisterna (furto), non proceda diligentemente all'operazione di travaso, perché magari nella fretta non stringe bene i cc.dd. manicotti, così colposamente cagionando un incendio».

[159] F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., pp. 303 e 304.

dottrina è disposta ad ammettere, piuttosto, un ricorso alla responsabilità colposa ordinaria per l'evento non voluto in concorso con la fattispecie dolosa, ritenendo comunque fuori luogo l'applicazione dell'illecito preterintenzionale[160].

Nella stessa teorizzazione di cui si sono appena denunciati profili argomentativi poco convincenti, si precisa che il canone classico dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* varrebbe, in particolare, per le «*attività specifiche*», cioè quelle «per svolgere le quali è necessario superare una sorta di barriera normativa (ad es., una specifica abilitazione) e/o naturalistica (ad es., una specifica preparazione) – tant'è che, se si intraprende una di tali attività senza la specifica abilitazione e/o preparazione richiesta, si può incorrere in un rimprovero di colpa per assunzione»[161]. L'agente ideale sarebbe invece la «persona ragionevole» quando il giudizio di colpa va sviluppato con riferimento alle «*attività a-specifiche*», cioè «quelle attività assolutamente generiche, non qualificate da particolari contenuti ontologici o cognitivi e, conseguentemente, prive di contorni netti e marcati»; di talché «rispetto ad esse, non è ipotizzabile una colpa per assunzione»[162]. In tali casi – viene ulteriormente precisato – «proprio *perché non esiste alcuna barriera all'accesso*, disponiamo già, in via immediata e diretta, di un "circolo di rapporti": l'insieme dei consociati *tout court*»[163].

Nella prospettiva in considerazione, l'agire intrinsecamente delittuoso finisce per essere verosimilmente ricondotto alle attività definite «a-specifiche», essendo tendenzialmente da escludere che condotte criminose richiedano, almeno "ufficialmente", una «specifica abilitazione e/o preparazione». In questi casi, ancor prima di arrivare a "scomodare" la misura "soggettiva" della colpa, la definizione del modello di agente individuato (la «persona ragionevole») vie-

---

[160] In questo senso, in particolare, S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., già a p. 152.

[161] F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 290, il quale esemplifica menzionando «l'attività di automobilista, di motociclista, di cacciatore, di sciatore, di cavallerizzo, etc.» (pp. 290-291).

[162] F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., pp. 291, 292 e 293. Per un accoglimento del criterio dell'«uomo ragionevole» *in re illicita*, già E. Dolcini, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, cit., pp. 871, 878 e 879.

[163] F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 292.

ne significativamente arricchita, di volta in volta, con elementi in grado di avvicinare parecchio tale figura al soggetto effettivamente coinvolto nella vicenda da esaminare. È infatti avvertita l'opportunità di conferire rilievo a «note distintive desunte dalla persona del concreto soggetto agente: ad es., l'età, le più significative caratteristiche fisiche durature, le eventuali menomazioni dei sensi e degli arti, la dimensione sociale e, in generale, le sue caratteristiche immodificabili»[164].

Tale sensibilità nei confronti della personalizzazione del rimprovero non è comune a tutte le impostazioni che ritengono necessario calibrare la colpa *in re illicita* facendo riferimento a un agente ideale. Stefano Canestrari, a cui è riconducibile una delle altre principali ricostruzioni italiane, ha infatti proposto un modello di agente più oggettivo, partendo dal presupposto che il processo di statuizione di una norma comportamentale a scopo precauzionale e quello di accertamento della sua violazione si atteggino *diversamente* a seconda che la concreta condotta effettuata dall'autore sia (*ab origine*) permessa oppure penalmente illecita. In questa concezione, la difficoltà di reperire collaudati schemi comportamentali precauzionali relativi all'agire intrinsecamente criminoso nonché la percezione che "apprezzare" qualità personali significherebbe comunque mettere a punto una non accreditabile figura "esemplare" di delinquente dovrebbero indurre a privilegiare «un modello unitario, quello dell'uomo "medio" o "normale"», sostanzialmente diverso da quello «oggettivo-soggettivo» dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* che regola l'imputazione per colpa in un territorio lecito[165].

Coerentemente, Canestrari parla di «colpa generica oggettiva»[166]; tale per via non solo di una ricostruzione del modello di agente su basi decisamente più "oggettive" che "soggettive", ma anche perché – viene detto, in ossequio al principio di legalità – spetterebbe al legislatore, il quale sarebbe invece stato non sufficientemente esplicito, la scelta di dare rilievo alla misura "soggettiva" della colpa, la cui

---

[164] *Ibidem*, p. 293. Questo è il motivo per cui la figura ideale della «persona ragionevole», per lo stesso Autore, «non costituisce un "modello unitario", bensì un modello differenziato e differenziabile» (p. 302).

[165] S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 261.

[166] *Ibidem*, p. 211.

carenza viene quindi ritenuta *de iure condito* non valutabile in senso favorevole all'agente[167].

All'impostazione appena considerata si è obiettato di promuovere un modello «del tutto vago ed indeterminato» oltre che insoddisfacente sul piano preventivo, poiché tarato su un livello soltanto medio di accortezza[168]. Non sarebbe del tutto agevole, in effetti, rintracciare le caratteristiche esatte di un soggetto medio, così come è senz'altro comprensibile, in linea teorica, che parlare di media avvedutezza possa richiamare alla mente gli usi, dai più giudicati inaffidabili nella definizione di un'adeguata soglia cautelare. Si tratta di critiche suggestive ma che potrebbero anche ridimensionarsi, soprattutto se misurate con le prestazioni che offre la costruzione proposta da chi tali critiche muove.

A ben vedere, la tesi di Canestrari guarda a un parametro unitario, tra l'altro, proprio per evitare l'affanno di dover ricercare ("virtuose" o meno) prassi illecite, che potrebbero essere diverse nelle varie attività criminose immaginabili e che vengono comunque scartate in favore di un criterio normativo. Il riferimento a una media avvedutezza di questo agente modello non individualizzato, al di là delle apparenze[169], finisce per delineare uno *standard* cautelare che non sembra necessariamente più tollerante di quello di Basile, il quale già in sede di misura "oggettiva" della colpa valuta talune caratteristiche personali dell'agente concreto che per Canestrari non potrebbero rilevare in alcun momento logico dell'imputazione, essendo "fuori gioco" l'analisi (a vocazione garantistica) della sussistenza della misura "soggettiva" della colpa.

Si tratta di percorsi indubbiamente diversi, ma che non di rado

---

[167] *Ibidem*, p. 174 ss., ove, però, anche un auspicio circa il fatto che il quadro giuridico muti e che si possa incentrare il giudizio di colpa nel contesto preterintenzionale anche sulla dimensione di colpevolezza colposa: un risultato a cui, come già considerato più volte nel testo, si può oggi già pervenire per effetto del necessario sforzo di interpretazione conforme a Costituzione richiesto dalla "Consulta".

[168] Così F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 302, ove si richiamano critiche già esposte in termini più generali a p. 284.

[169] Si veda S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, cit. (1995), p. 711, da cui si capisce che, nella prospettiva di tale Autore, parlare di «uomo mediamente avveduto» non significa proporre un modello lassista, ma, semplicemente, rinunciare a uno *standard* oggettivo di speciale rigore e che finisca per far combaciare, nei fatti, il giudizio di prevedibilità dell'evento con quello di accertamento del nesso causale.

si "avvicinano" – in alcuni casi si "toccano", posto che in entrambe le prospettive assumono rilievo le eventuali conoscenze superiori dell'agente individuale (*Sonderwissen*) rispetto a quelle della figura astratta[170] – e sembrano poter condurre a conclusioni simili nel ritagliare il perimetro definitivo della punibilità. È forse per questo che taluno, in dottrina, non ha ravvisato inconvenienti nel riferirsi esplicitamente all'«uomo ragionevole» pur aderendo, altrettanto esplicitamente, all'impostazione alternativa[171].

Al fine di mettere a fuoco fino in fondo la fisionomia del criterio di imputazione dell'evento non voluto in un contesto illecito, non si può ora fare a meno di includere nel discorso una riflessione più esplicita sulla misura "soggettiva" della colpa; riflessione che non vuole rappresentare un brusco abbandono di quanto si stava dicendo sul tentativo di configurare un modello di agente a cui plausibilmente rapportare la prevedibilità dell'evento, ma pare anzi il modo migliore per integrare tale ragionamento.

Si tratta di un momento di verifica concepito tradizionalmente guardando ai contesti non intrinsecamente criminosi, nei quali l'esigenza di allineare compiutamente la responsabilità penale al principio di colpevolezza impone di accertare non solo un profilo di inosservanza precauzionale ma anche la concreta esigibilità, da parte del soggetto in carne ed ossa, del rispetto della regola preventiva violata: vi sono peculiarità dell'individuo oppure fattori esterni contingenti – quindi anche "oggettivi", a riprova della relatività degli aggettivi che convenzionalmente si utilizzano – che potrebbero appunto indiziare la ragionevole impossibilità di un comportamento conforme allo *standard* cautelare.

È ben noto come, anche *in re licita*, questo livello garantistico sia vissuto a lungo nell'ombra e ancora adesso stenti ad affermarsi in termini soddisfacenti. Per decenni, l'attenzione della dottrina sembra in effetti essersi rivolta per lo più all'esigenza (reale) di valorizzare i nessi di *pertinenza* e *decisività* tra violazione cautelare ed evento, onde limitare già sul piano logicamente prioritario della tipi-

[170] S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 261; F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 296 ss.

[171] Così, ad esempio, S. Putinati, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, cit., p. 351 ss.

cità – o dell'imputazione oggettiva, se ci si cala nella prospettiva della prevalente letteratura di lingua tedesca e spagnola – le frequenti strumentalizzazioni giudiziali della concezione normativa della colpa. Nelle pagine dedicate alla definizione legale del delitto colposo si è già detto che soprattutto in tempi recenti la dottrina italiana ha dedicato importanti contributi all'argomento, sempre avendo in mente attività penalmente lecite, nelle quali anche il legislatore ha favorito, indirettamente (ponendo cioè l'accento sulla graduazione della colpa), un richiamo dell'attenzione proprio sulla dimensione di colpevolezza dell'illecito penale colposo. La scarsa penetrazione di questo livello di affinamento garantistico nella giurisprudenza testimonia, però, che si tratta di un processo a dir poco ancora in fase di maturazione, il che rende ancor più delicato l'approccio alla questione nei diversi ambiti delle attività criminose.

Restando aderenti allo specifico contesto preterintenzionale, ora oggetto di analisi privilegiata, va subito dato conto del fatto che l'impostazione di chi ritiene escluso ogni profilo deontico dalla struttura del criterio di imputazione dell'evento più grave di quello voluto tende a compromettere in partenza l'elaborazione in termini soddisfacenti del quesito da porsi. Se non si concepiscono regole cautelari di doverosa osservanza, rischia di venire a mancare l'oggetto su cui parametrare il giudizio di accertamento della dimensione più propriamente di colpevolezza. Chi contrappone la semplice possibilità di prevedere alla (ritenuta non concepibile) doverosità di agire in modo cauto ritiene però di poter comunque proporre un modello di imputazione realmente colpevole, imponendosi la ricerca di un riscontro circa la capacità del soggetto di dominare quantomeno cognitivamente lo sviluppo del fatto nel suo complesso, comprensivo anche e soprattutto dell'evento più grave di quello voluto. Talvolta, nelle stesse impostazioni, tra gli elementi da valutarsi per accertare la possibilità di controllo finalistico del fatto compare esplicitamente anche l'evitabilità, in un'accezione però svincolata da regole di cautela[172].

[172] Ci si riferisce, in particolare, a quell'autorevole impostazione diffusasi in area palermitana intorno al concetto di responsabilità da rischio vietato; una responsabilità definita anche «obiettiva» (o «senza dolo né colpa»), ma ciò nonostante reputata compatibile col principio di colpevolezza, poiché asseritamente diffe-

Più lineare appare la messa a fuoco del problema cercando di utilizzare i canoni di accertamento della colpa e quindi riproponendo la sua tradizionale scomposizione bipartita: misura "oggettiva" e misura "soggettiva". Se si devono recepire i moniti rivolti all'interprete dalla Corte costituzionale, sembra necessario impiegare, finché possibile, i parametri della responsabilità colposa, accettando eventuali "adeguamenti" – beninteso: solo parziali, procedendo a una "eliminazione progressiva" – unicamente laddove si incontrino ostacoli insormontabili. Non si crede, pertanto, che si debbano attendere esplicitazioni del legislatore per avvertire doveroso cimentarsi con l'accertamento della misura "soggettiva" della colpa (anche) *in re illicita*. Come si sta per dire, sono semmai ragioni di coerenza sistematica e di tenuta politico-criminale a ridimensionare lo spazio effettivo di tale verifica.

Il ragionamento può svilupparsi assumendo come riferimento un'impostazione per la quale le regole di cautela nei contesti illeciti sarebbero il «precipitato di istanze di prevenzione – fondate sulla logica del *neminem laedere* – minimali, assolutamente diffuse e condivise nella collettività; la loro *ratio* di tutela appare chiaramente intellegibile per qualunque cittadino»[173]. Ancora: «le situazioni di rischio che ne richiedono l'attivazione sono autoevidenti, per qualunque osservatore esterno; le regole di condotta imposte sono di immediata e scontata applicazione, da parte di qualunque consociato. Questi profili caratterizzanti condizionano in maniera congenita il processo di graduazione della colpa nelle attività illecite, connotandolo, strutturalmente, in termini di maggior disvalore. Il carattere di gravità della colpa nelle attività illecite assume quindi una dimensione ontologica e struttura-

---

rente anche dalle ipotesi di imputazione basata sul solo nesso di causalità: si vedano A. Pagliaro, (in tal senso a partire da) *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 147 ss.; S. Ardizzone, *I reati aggravati dall'evento*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 177 ss.; V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 257 ss. In merito alle problematicità di tale orientamento, si rinvia a S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, cit. (1995), pp. 702 e 703, il quale mette condivisibilmente in evidenza le insidie della conservazione anche soltanto sul piano terminologico della responsabilità obiettiva, che allenterebbe la tensione verso il pieno riconoscimento del principio di colpevolezza nel nostro ordinamento.

[173] A. Loreto, *Reati aggravati dall'evento*, cit., p. 464.

le. Gravità connessa, in primo luogo, al carattere minimale della regola trasgredita: è grave per definizione la trasgressione di una regola di comune prudenza, caratterizzata da scopi di tutela intelligibili da qualunque uomo medio»[174]. Ritenuto quindi che «sul piano della tipicità, la colpa nelle attività illecite si connota come colpa ontologicamente grave», se ne ricava che «una simile connotazione strutturale non può che riverberarsi anche sul piano soggettivo dell'imputazione colpevole»[175]. In altre parole, «il carattere generico ed aspecifico delle pretese comportamentali dall'ordinamento fa sì che ogni consociato, prescindendo dai suoi profili qualitativi di carattere ontologico, risulti tendenzialmente in grado di rispettarle»[176].

Un simile percorso ricostruttivo della colpa *in re illicita* non sembra convincente, in quanto conduce a escludere in modo ingiustificato la responsabilità qualificata in diversi casi nei quali pare invece doversi ritenere sussistente. Approfondire i motivi di perplessità nei confronti di tale lettura ben si presta al fine di esplicitare meglio la posizione di chi scrive.

Di quanto poco sopra riportato, a non essere condivisibile non è certo l'assunto per cui la rilevanza penale della sola colpa grave (e non anche di quella lieve) abbia l'effetto, quantomeno indiretto, di limitare lo scarto tra ciò che è dovuto e ciò che è individualmente possibile[177], ma, piuttosto, la stessa premessa che la colpa d'evento "tipica" delle attività intrinsecamente criminose sia necessariamente di particolare gravità, basata cioè sulla violazione di regole cautelari di macroscopica evidenza e da chiunque "fruibili".

Si potrebbe iniziare col dire che, in casi del genere, la giurisprudenza italiana sembra spesso orientata ad affermare la responsabilità dolosa pure per l'evento più grave di quello indubbiamente voluto, ricorrendo a tutte le sfumature del dolo, anche tramite una cancellazione di fatto della colpa con previsione dell'evento, specie quando quest'ultimo consiste nella morte di una persona[178]; una ten-

---

[174] *Ibidem*, p. 473.

[175] *Ibidem*, p. 474.

[176] *Ibidem*, p. 463.

[177] Per tutti, M. Donini, *Teoria del reato*, cit., p. 368 ss.

[178] In sede di legittimità, Cass. pen., Sez. I, 25 febbraio 2014, n. 5676, in *DeJure*, per cui, nel contesto dell'omicidio preterintenzionale, «la volontà dell'agen-

denza discutibile, la quale comunque dimostra, guardando all'oggettività del dato, una certa distanza dalla prassi della lettura in esame. È però anche vero che gli orientamenti giurisprudenziali sulla colpa in attività illecite sono solo eccezionalmente soddisfacenti – l'aspetto eclatante è che i principi di diritto espressi dalle Sezioni unite sull'art. 586 c.p. non risultano ancora minimamente recepiti con riferimento all'omicidio preterintenzionale – quindi pare opportuno spingersi oltre la constatazione appena fatta e andare ancor di più verso il merito della questione.

Volendo rimanere aderenti al contesto preterintenzionale più rappresentativo, cioè quello delle aggressioni sfociate nell'evento morte, ci sono non poche dinamiche causali che conducono a tale evento e che non sono per nulla "banali" (nel senso di «autoevidenti», per riprendere una delle espressioni impiegate nella prospettiva che ora si considera criticamente), ma che, nondimeno, sembrano rilevanti nel momento in cui si formula un giudizio di colpa. Si pensi all'accoltellamento – ma le modalità aggressive su cui ragionare

---

te è diretta a percuotere o a ferire la vittima, con esclusione assoluta di ogni previsione dell'evento morte» (punto 2.2 del «Considerato in diritto», in cui si richiamano altri precedenti in tal senso). Non sembra esagerata l'impressione che in molti casi in cui la giurisprudenza perviene alla condanna per omicidio doloso ritenendo di poter riscontrare una previsione concreta dell'evento mortale non direttamente perseguito dovrebbe registrarsi, piuttosto, la configurazione dell'omicidio preterintenzionale, che finisce invece per trovare applicazione per lo più in ipotesi di responsabilità oggettiva rispetto all'evento. Il contesto intrinsecamente criminoso, specialmente se violento, finisce molto probabilmente per giocare in senso sfavorevole all'agente, la cui previsione effettiva dell'evento tende a essere presunta appena il giudice ritenga di poter ravvisare la prevedibilità dell'evento. Proprio nell'ambito tematico di cui ci si sta ora occupando, sull'«effetto "piano inclinato" che, per slittamenti progressivi, salta dalla prevedibilità in concreto alla previsione effettiva, e da questa alla decisione personale a favore dell'illecito», si veda A. Tesauro, *Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*, cit., c. 454.; in argomento, anch'egli basando le proprie considerazioni più che altro su Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit., pure R. Bartoli, *"Colpa" in attività illecita*, cit., p. 1052.

Nell'area dei delitti violenti contro la persona, slittamenti del genere, cioè basati su meccanismi sostanzialmente presuntivi in grado di condurre a una "fuga in avanti" verso fattispecie maggiormente sanzionate, paiono un fenomeno persino più generale, che interessa già i rapporti tra percosse e lesioni personali dolose, nonché tra queste ultime e il tentato omicidio.

potrebbero anche essere differenti[179] – (magari con un colpo soltanto) di zone del corpo diverse dal cuore o la gola, ma comunque potenzialmente letale per pacifica opinione della scienza medica. Si può sostenere, ad esempio, che la morte a causa della lesione di un vaso sanguigno diverso dalla carotide sia uno sviluppo causale che l'«uomo medio» percepirebbe sempre come di grossolana evidenza[180]? Se ne dubita, come del resto è legittimo fare alla luce di riflessioni di diversa estrazione sul c.d. analfabetismo scientifico o, più nello specifico, su quello medico-sanitario, le quali attestano una scarsa diffusione tra la popolazione di conoscenze scientifiche a cui sembrano ben riconducibili anche quelle connesse ai rischi mortali di parecchie condotte aggressive[181].

---

[179] Anticipando qui la domanda che si pone nel testo: è così immediato, senza avere conoscenze mediche, pensare che agitare un «porta-rotoli da cucina in marmo» di 30 cm nell'ano di una persona con l'intento "punitivo" di provocarle (semplicemente) dolore possa anche condurre alla morte per «emorragia del retto»? Questa dinamica causale è alla base di una recente sentenza di condanna per omicidio preterintenzionale: Cass. pen., Sez. V, 1° febbraio 2018, n. 18048, in *DeJure*, per un ampio commento della quale, M. Di Florio, *Gioco erotico culminato nella morte del coniuge: la "problematica" qualificazione di omicidio preterintenzionale. Riflessioni* de iure condendo *sul possibile rilievo delle prove neuroscientifiche*, in *Arch. Pen.*, 2018, p. 479 ss., ove condivisibili critiche alla sentenza nella parte in cui ripropone sostanzialmente l'orientamento della prevedibilità in astratto (pp. 481-484).

[180] Il ragionamento potrebbe specificarsi ulteriormente come segue. Tale figura astratta saprebbe, anche solo approssimativamente, individuare anatomicamente i vasi sanguigni la cui lesione può, in condizioni non anomale, condurre alla morte? Saprebbe, ad esempio, localizzare con relativa precisione, un'arteria particolarmente delicata come quella femorale? Penserebbe, quindi, che accoltellare alla gamba può ben essere mortale? Discorso analogo potrebbe valere per il braccio, percorso dall'arteria brachiale (o omerale). Ancora: l'«uomo medio» saprebbe associare, sempre (anche solo) approssimativamente, a determinate profondità del taglio i relativi rischi di morte e le tempistiche di sopravvenienza di tale evento così da valutare il pericolo effettivo in un dato contesto (magari anche alla luce di altre variabili, come, ad esempio, il fatto che si agisca in luogo isolato oppure dove i soccorsi potrebbero essere tempestivi)?

[181] Senza entrare nel merito di specifiche vicende controverse come quelle relative al c.d. metodo stamina oppure all'antivaccinismo, indicate da più parti come esempi contemporanei di speculazione sull'ignoranza scientifica della popolazione, ci sono autorevoli testimonianze di una scarsa diffusione di conoscenze *lato sensu* mediche: ad esempio, L.R. Biasio, G. Corbellini, *Morire di ignoranza*, in *www.ilsole24ore.com*, Cultura, 17 marzo 2017, ove si menziona, peraltro, uno studio sull'argomento condotto dal più che accreditato *Institute of Medicine* americano. Per altri

Il rilievo non va equivocato, perché in questa sede non si vuole certo esprimere una altezzosa quanto sterile lamentela nei confronti del tasso culturale della popolazione. Anzi – ed è proprio questo il punto – a ben vedere, è persino fisiologico che alcuni rischi mortali non trascurabili possano non rientrare nel patrimonio conoscitivo di chi non sia un professionista sanitario, magari pure specializzato in una disciplina specifica e non in una qualsiasi (ciò almeno in casi particolari). La constatazione (che smentisce l'eventuale pretesa di sostenere che le attività intrinsecamente criminose – ma lo stesso vale per quelle «a-specifiche» in genere – possano normalmente veicolare soltanto rischi mortali lampanti) si rende particolarmente drammatica nel momento in cui si guardano i profili di molti soggetti che si trovano imputati nelle aule di giustizia e ci si ricorda che il diritto penale – questa tipologia di diritto penale in particolare – ha spesso a che fare con individui che vivono in contesti sociali rispetto ai quali nozioni attendibili di anatomia, fisiologia, patologia (ecc.) sembrano obiettivamente a una distanza siderale. Come disciplinare allora quei casi in cui l'evento sarebbe prevedibile per un soggetto dotato di conoscenze scientifiche non del tutto eccezionali – non si allude, ad esempio, alla disponibilità di risultati di ricerche d'avanguardia – ma che non sono così comuni tra il resto della popolazione[182]? Come risolvere, dunque, l'ennesima tensione tra prevenzione generale e colpevolezza? Ancora un parallelismo con le attività lecite può aiutare a pervenire alla risposta.

È facile constatare che l'esercizio di attività lecite pericolose è subordinato alla comprensione delle regole di comportamento che le governano e che spesso hanno a che fare con la gestione di rischi che si viene "educati" a riconoscere e fronteggiare; anzi, a

---

elementi di dettaglio, relativi al contesto nazionale, si vedano, ad esempio, le attività dell'osservatorio indipendente *Observa Science in Society*, in *www.observa.it*.

[182] Si consideri anche che il giudice, verosimilmente, ha una cultura superiore alla media dei cittadini; di talché non è nemmeno da escludere il rischio che, nel valutare la riconoscibilità di alcuni rischi secondo parametri astratti come l'«uomo mediamente avveduto» (ma – pare – anche la «persona ragionevole»), lo stesso giudice sovrastimi le prestazioni di tali modelli, confondendo le proprie conoscenze con le loro. Anche un'esperienza professionale su casistica analoga a quella da decidere potrebbe ingenerare la percezione che un determinato evento, perché lo si è visto accadere più volte, sia per ciò solo da chiunque facilmente prevedibile.

dover (!) riconoscere e fronteggiare, altrimenti, al ricorrere di altri requisiti, si può essere considerati responsabili, nel senso di punibili. È così, ad esempio, che si frequenta la scuola guida per prendere la patente e poter poi circolare legittimamente e in sicurezza per strada con veicoli a motore oppure si seguono i corsi di sicurezza sul lavoro (in qualità di "semplice" lavoratore o con mansioni preventive "qualificate", cioè come datore di lavoro, preposto ecc.) oppure ancora, guardando all'altro tipico ambito casistico della responsabilità colposa *in re licita*, si affronta il percorso universitario prima e di formazione avanzata poi (es. specializzazione) per esercitare come medico o altro professionista sanitario. Per questi ambiti di gestione del rischio (che può ben avere sviluppo mortale), al fine di ricavare precise istruzioni operative, non ci sono solo corsi e manuali, ma talvolta persino leggi o altri corpi normativi oppure ancora «linee guida» e «buone pratiche»[183].

Come si diceva alcune pagine addietro, è ben possibile, peraltro, che le regole cautelari che maturano in questi contesti siano anche regole cautelari «improprie», per effetto di una convenzionale fissazione della soglia di rischio consentito in termini un po' più sbilanciati verso la libertà di azione piuttosto che verso la sicurezza dei beni giuridici sullo sfondo, in particolare laddove la contemporanea massimizzazione di entrambi gli interessi non sia immaginabile. In ogni caso, non c'è dubbio che la libertà di azione abbia come "costo" un impegno prima di assimilazione e poi di attuazione delle regole cautelari che presidiano l'attività intrapresa. Perché, se questo "costo" viene imposto a "onesti" cittadini, non se ne può imporre uno analogo a chi decida di delinquere ed entri in relazione con rischi spesso persino più significativi per gli stessi beni giuridici? Ci sono forse delle differenze di contesto tali da risultare decisive nel senso di tollerare una deresponsabilizzazione circa l'assimilazione e l'at-

[183] Proprio alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali si riferisce esplicitamente, come è noto, la disciplina vigente in materia di responsabilità del sanitario, in particolare l'art. 5 della l. 8 marzo 2017, n. 24 e, per ciò che riguarda specificamente la responsabilità penale, il nuovo art. 590-*sexies* c.p., per un'illustrazione generale del quale, tra i commentari, si veda, ad esempio, G.M. Caletti, *Art. 590 sexies*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 2306 ss.

tuazione degli accorgimenti da osservare per non condurre a conseguenze più gravi l'illecito? Le differenze di contesto non sono poche – lo si è visto – ma non paiono sufficienti per dare risposta positiva a quest'ultimo quesito.

Si è già avuto modo di dire come sia ben più difficile – ed è effettivamente comprensibile l'affanno rilevato dalla letteratura penalistica che si pone concretamente il problema – reperire collaudati schemi comportamentali intrinsecamente criminosi in cui siano rinvenibili (anche) scopi precauzionali. Come riconosce la dottrina – lo si è già detto – qualche accorgimento operativo con venature cautelari (o supposte tali) è immaginabile che sia adottato anche in alcuni contesti in cui c'è una certa dimestichezza con condotte criminose pericolose per la persona[184], ma è assai difficile guardare a simili schemi di comportamento secondo criteri che possano definirsi di adeguatezza, a meno che non ci si voglia rassegnare – come pare inevitabile, in definitiva – a parlare di adeguatezza in una prospettiva di natura essenzialmente causale e quindi in termini di oggettiva probabilità (declinabile statisticamente) di verificazione di determinati eventi dannosi.

Se può essere uno "svantaggio" per il delinquente non disporre di indicazioni ufficiali e ampiamente diffuse tra la collettività su come fare (in "positivo") a contenere un rischio illecito, non si vede però perché non possa comunque imporsi (anche) a tale soggetto «un "impegno" conoscitivo proporzionale alla pregnanza dei valori

[184] Si veda il dettagliato articolo giornalistico *Why is there buttock stabbing in Rome?*, pubblicato nel sito internet della britannica BBC il 27 maggio 2009 (*http://news.bbc.co.uk/2/hi/8068088.stm*) e volto a dar conto di una prassi piuttosto consolidata (di cui si rintracciano persino radici medievali) di alcune frange violente del c.d. tifo organizzato calcistico italiano, nel senso di sferrare coltellate – con espressione dialettale: «puncicate» – alle natiche dei "rivali", così da procurare ferite anche piuttosto dolorose e invalidanti ma non – almeno questa sarebbe la convinzione – mortali: «They target the buttocks because the victim is not likely to die. These people don't want to kill and be known as murderers, they want to show they can hurt their rivals and get away with it». Sulla prassi delle «puncicate», di cui dà conto anche persino una sezione online del New York Times del 2 giugno 2009 (*https://schott.blogs.nytimes.com/2009/06/02/puncicate/*), negli organi di informazione italiani, si veda, ad esempio, *La "puncicata", firma indelebile della violenza ultrà a Roma*, in *www.lastampa.it*, 23 novembre 2012.

in giuoco»[185]. Non sembra infatti che tale "svantaggio" possa essere ordinariamente bilanciato promuovendo una visione più lassista della colpevolezza: non c'è alcun interesse dell'ordinamento tale da giustificare il riconoscimento di una libertà di azione che renda ragionevolmente ipotizzabile un rischio concreto per i beni giuridici lambiti dall'attività intrinsecamente criminosa volontariamente intrapresa. Si può solo pensare a regole cautelari «proprie», consistenti soltanto in casi estremi unicamente nella radicale astensione dall'attività prescelta, peraltro sempre possibile (e in prima battuta più che auspicabile…), in quanto, a differenza di ciò che avviene *in re licita*, dove si possono spesso individuare garanti tenuti ad attivarsi anche quando non possono fare altro che attenersi a regole cautelari con scarsissima possibilità di successo[186], le attività penalmente tipiche non sono ovviamente mai di per sé di doveroso esercizio[187].

Tornando all'esempio dell'accoltellamento e della necessaria implicazione di nozioni di carattere scientifico, il medico modello non potrà certo suggerire al delinquente come e dove accoltellare a scopo di ferire, ma potrà rappresentare un punto di riferimento conoscitivo attendibile per mappare i rischi mortali e "indicare", semmai, cosa non fare – ad esempio: non accoltellare alla coscia, dove passa l'arteria femorale – al fine di prevenire l'evento più grave di quello voluto. Ma se le conoscenze indispensabili finiscono per es-

---

[185] Così si è espressa la Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 322 del 2007, affermando un principio – in quel caso rivolto a un'attività non intrinsecamente illecita – la cui validità può essere qui riproposta. Ciò che fa riflettere è che di tale impegno la Corte ha parlato non tanto in termini di tensione col principio di colpevolezza, ma, al contrario, al fine di introdurre un criterio di colpevolezza in un contesto fino a quel momento governato da una regola di responsabilità oggettiva come quella del previgente art. 609-*sexies* c.p. Sull'argomento si tornerà più approfonditamente in seguito, nelle pagine dedicate all'*ignorantia aetatis*. Basti qui aggiungere che si tratta di un principio che sembra fare eco a quello già affermato nella (ancor più nota) sentenza n. 364 del 1988 della stessa Corte, dove si parlava di «doveri "strumentali" di conoscenza», riferiti sì ai «precetti penali», ma declinabili in termini del tutto analoghi anche con riferimento agli elementi del fatto: così, autorevolmente, D. Pulitanò, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 779.

[186] Così è, ad esempio, nei casi di interventi chirurgici urgenti e disperati oppure nel far fronte a patologie particolarmente refrattarie alle cure.

[187] Per opportune puntualizzazioni, si rinvia alle pagine che verranno dedicate ai rapporti tra scriminanti e imputazione colpevole differenziata.

sere reperibili quasi solo in questo modo – con l'opportuna precisazione che si deve pensare a delle nozioni semplificate, in funzione della c.d. valutazione parallela nella sfera del laico[188]: non si allude alla necessità di una laurea[189] – si capisce come i modelli d'agente *in re illicita* proposti (o importati)[190] finora dalla dottrina italiana debbano essere ripensati, rendendosi necessario valutare questo tipo di

[188] Questo metro di "traduzione" di linguaggi apparentemente distanti (quello "tecnico" e quello "laico"), riconducibile in particolare a Karl Binding, è oggi ampiamente impiegato dalla letteratura penalistica italiana, soprattutto nella valutazione dell'errore di diritto: per tutti, D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 309.

[189] Si coglie dunque la differenza di accenti rispetto a quella dottrina (in particolare, F. Mantovani, voce *Colpa*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, Utet, 1988, p. 299 ss.) che parametra il giudizio di colpa (in particolare sulla dimensione oggettiva dell'illecito colposo) sull'esperto universale, a cui non mancherebbe persino l'esclusiva su conoscenze di avanguardia: un «eletto», come dice nella sua condivisibile critica M. Caputo, *Colpa penale del medico*, cit., p. 63, a cui si rinvia anche per riferimenti alla dottrina maggioritaria che da tempo contrasta questa posizione. L'Autore esplicita le inevitabili conseguenze che *in re licita* comporterebbe l'assunzione di tale figura quale parametro per la edificazione della regola cautelare per tutti gli altri soggetti: «Un solo antidoto metterebbe al riparo da una condanna: l'astensione dall'attività, una soluzione evidentemente impraticabile, e da temere vieppiù nell'area delle attività sanitarie».

[190] Il criterio della persona ragionevole è storicamente impiegato soprattutto nei Paesi anglosassoni, ove è noto come *reasonable person* e ricorre nell'applicazione di molteplici istituti, anche al di fuori del diritto penale (per un quadro degli orizzonti di comparizione di questa figura, che vale praticamente a porsi come canone generale di razionalità del diritto, B.C. Zipursky, *Reasonableness in and out of Negligence Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, p. 2131 ss.), affondando le proprie radici nella disciplina civilistica dei *torts*. Si tratta di un parametro (di uso) consolidato ma al tempo stesso particolarmente discusso, in quanto aperto a pre-giudizi che renderebbero difficile controllarne l'impiego. Nella letteratura nordamericana, riguardo a insidie del genere (e, in particolare, alla tensione tra profili "oggettivi" e "soggettivi" nella messa a punto del parametro in menzione), si veda M. Vitiello, *Defining the Reasonable Person in the Criminal Law: Fighting the Lernaean Hydra*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2010, p. 1435 ss., in particolare p. 1436, dove si evoca efficacemente l'immagine mitologica dell'Idra di Lerna, un velenoso mostro anfibio a più teste, di cui la persona ragionevole rischia di assumere le sembianze.

Nella dottrina italiana recente, ancorché pensando ad ambiti non intrinsecamente criminosi, si veda M. Caputo, *Colpa penale del medico*, cit., p. 130, che richiama l'attenzione sull'importanza della maggiore aderenza al contesto in cui si ambienta il fatto dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* rispetto al parametro della «persona ragionevole». Per un ampio confronto comparatistico, T. Hörnle, *Social Expectations in the Criminal Law: The "Reasonable Person" in a Comparative Perspective*, in *New Criminal Law Review*, 2008, p. 1 ss.

imputazione colposa attribuendo maggiore peso, più che a fattori personologici, alle peculiarità pericolose (autoevidenti o meno) del singolo contesto criminoso di volta in volta in rilievo[191].

Si consideri pure che non pochi argomenti che, *prima facie*, sembrano persuasivamente candidarsi a evidenziare una carenza della misura "soggettiva" della colpa (ad esempio, relativi all'età, all'esperienza, al livello di istruzione), dovrebbero indiziare piuttosto una specie di colpa per assunzione, consistente nell'aver attivato un rischio senza avere le informazioni o le "abilità" sufficienti per governarlo[192]. È per questo che, senza voler escludere *a priori* spazio alla dimensione più strettamente di colpevolezza dell'illecito preterintenzionale – non si propone infatti un pieno e definitivo appiattimento sull'adeguatezza causale, peraltro escluso pure per effetto

[191] Non sembra pertanto proficuo, in quanto "fuori fuoco", lo sforzo di chi arricchisce il modello della «persona ragionevole» guardando a profili peculiari del soggetto in carne ed ossa, sottovalutando, in particolare nelle attività definite «a-specifiche», le peculiarità pericolose del contesto non universalmente conosciute, limitandosi cioè a precisare che «l'ambientazione della figura ideale nella stessa situazione concreta, in cui ha agito l'agente reale, risulta già imposta dalla esigenza di valutazione "in concreto" della prevedibilità ed evitabilità»: così, invece, F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 292, nota 45 (ma si vedano anche, per una prospettiva completa, le pp. 286, 290 ss. e 302).

[192] Non si tratta di mostrare intransigenza nei confronti dell'ignoranza di per sé; nessuna colpa d'autore: è più che altro la mancanza di umiltà che talvolta all'ignoranza stessa si accompagna (cioè il non voler porre in discussione i propri limiti) a rendere rimproverabile il soggetto. Si ridimensionano così le distanze dalla prospettiva sopra criticata di A. Loreto, *Reati aggravati dall'evento*, cit., p. 463, nota 166 e, soprattutto, p. 464, nota 168, quando lo stesso Autore si esprime nel senso di ritenere responsabile, poiché non in condizione di far valere il proprio *deficit* culturale, la contadina «intellettualmente primitiva» che si cimenta in modo maldestro, senza le minime conoscenze specifiche, in una pratica abortiva sul corpo della figlia. L'Autore rimane comunque coerente alla propria ricostruzione della colpa *in re illicita* come colpa ontologicamente grave – e su questo assunto generale persiste una differenza di sensibilità rispetto a chi scrive – nel sottolineare che, in un caso del genere, «difficilmente potrebbe obiettarsi che la stessa consapevolezza dell'assenza assoluta di basi conoscitive ed attitudini specialistiche adeguate non configuri un segnale di rischio autoevidente, talmente macroscopico sotto il profilo dimensionale da risultare agevolmente riconoscibile da parte di chiunque». Sullo stesso esempio, discusso dalla dottrina tedesca, in una posizione più possibilista rispetto al riconoscimento – in realtà solo teorico, perché l'Autore esclude la possibilità di valorizzarla giudizialmente *de iure condito* – di una carenza della misura "soggettiva" della colpa, S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 271, nota 59.

dei riferimenti al concetto di «competenza» che verranno fatti a più riprese in seguito – sembra comunque doveroso denunciare l'inadeguatezza (celata da un linguaggio costituzionalmente assonante) di criteri come quello della possibilità individuale di prevedere, tanto più quando vi si faccia ricorso in via esclusiva, cioè a prescindere dalla logica più normativa della regola cautelare.

Certo, si potrebbe, ad esempio, mettere in discussione che il soggetto concreto potesse in qualche modo rendersi conto della stessa necessità di raggiungere conoscenze o "abilità" diverse da quelle già possedute al fine di esercitare in relativa sicurezza l'attività illecita intrapresa; il che può pure avere margini di plausibilità, ma sembra poter rilevare significativamente più che altro nelle vicende in cui si ponga in qualche misura un problema di imputabilità[193].

Potrà stupire che si chiamino in causa conoscenze scientifiche paragonabili (ancorché semplificate) a quelle del medico quando si parla di aggressioni alla persona oppure competenze chimiche, se si volge lo sguardo al terreno affine dell'ambito applicativo privilegiato dell'art. 586 c.p. ovvero la cessione di sostanze stupefacenti seguite da lesioni o morte[194]. Tuttavia, bisogna prendere atto che sono le stesse conoscenze su cui si concentra, *ex post*, il giudice quando va a valutare, non di rado avvalendosi dell'operato di consulenti, il decorso causale. Vero questo, ogni esitazione dovrebbe svanire nel momento in cui ci si ricorda che, nel quadro della responsabilità colposa d'evento, la regola cautelare è essenzialmente uno strumento di prevenzione e/o controllo di specifici decorsi causali e si alimenta proprio delle conoscenze settoriali (non di rado scientifiche in senso stretto) che, di volta in volta, vengono in rilievo. Non volerle acqui-

[193] Per un riconoscimento della responsabilità preterintenzionale in presenza di un vizio (giudicato parziale) di mente, si veda Cass. pen., Sez. V, 6 dicembre 2016, n. 13515, in *DeJure*. Sugli orientamenti giurisprudenziali relativi all'art. 89 c.p., si rinvia alla ricognizione di M. Celva, *Art. 89*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 553 ss., in particolare pp. 554 e 555, in merito ai rapporti tra vizio parziale di mente e principali criteri di imputazione colpevole.

[194] Sui pregiudizi che accompagnerebbero l'approccio dell'opinione pubblica alla tematica del "taglio" delle sostanze stupefacenti, si veda il noto e interessante (ancorché non più recente) studio di R. Coomber, *Vim in the Veins – Fantasy or Fact: The Adulteration of Illicit Drugs*, in *Addiction Research & Theory*, 1997, p. 195 ss.

sire significa superficialità nell'approccio al rischio e, se si intende continuare a parlare di «persona ragionevole» oppure di altra figura di cui si voglia predicare avvedutezza, non si può non cogliere che l'agente concreto è allora partito col piede sbagliato, al netto, ovviamente, della valutazione normativa sulla scelta di per sé di delinquere, in nessun modo incoraggiata. Il rischio, altrimenti, è che, già in fase di definizione della misura "oggettiva" della colpa, si parametrino le regole cautelari sul livello di competenze di un "delinquente inesperto" oppure che si tenga alto il livello della pretesa in linea generale, ma poi ci si senta tentati di escludere la colpevolezza proprio sulla base di una simile inesperienza[195]. Al riguardo, si consideri che, al di là dell'inquadramento sistematico ritenuto più opportuno, neppure a figure come il guidatore inesperto si fanno sconti se non è mostrata, in concreto, quantomeno sensibilità alle regole che si sono dovute assimilare come presupposto per prendere la patente e accedere così in modo consapevole all'attività pericolosa[196].

Proprio quest'ultimo rilievo consente di percepire le insidie anche in termini di ragionevolezza di sistema di un'operazione che, in nome del principio di colpevolezza, rischia di fatto di finire per privilegiare chi delinqua, punendolo di più solo a fronte di una colpa grave, quando il cittadino "onesto" ma incauto risponderebbe di eventi omogenei anche per colpa lieve[197].

---

[195] Si veda A. Carmona, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite*, cit., p. 4596, che si interroga, ma più che altro provocatoriamente, sulla possibilità di scusare lo «"spacciatore inesperto"», lasciando infatti senza risposta il quesito.

[196] Il fatto che alcuni utenti della strada non abbiano l'obbligo di acquisizione di una patente non significa che non siano sottoposti a regole con valenza cautelare (non soltanto autoprotettiva) suscettibili di fondare una responsabilità colposa. Il codice della strada non manca di disciplinare il comportamento di figure del genere, come il ciclista (su cui, ad esempio, l'art. 182 c.d.s.) e il pedone (su cui, ad esempio, l'art. 190 c.d.s.). Evidentemente, la valutazione dell'ordinamento sulla necessità di patente per alcuni utenti della strada è correlata al tasso di pericolosità del mezzo condotto.

[197] Muovendo da un'analisi dell'esperienza giuridica tedesca sulla *Leichtfertigkeit*, si esprime in senso critico sul ricorso alla colpa grave quale criterio di imputazione colpevole in grado di condizionare l'*an* della responsabilità *in re illicita*, F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., in particolare p. 792 ss., ove anche una condivisibile valorizzazione di livelli elevati di colpa ai diversi fini della modulazione del *quantum* della sanzione. Nel senso, invece, di valorizzare gradi elevati di colpa in contesti illeciti già ai fini dell'*an* della punibilità, L. Staffler, *Präterintentionalität und Zurechnungsdogma-*

4. *Le insidie per il principio di personalità nonostante l'affermazione (teorica) della responsabilità quantomeno per colpa*

4.1. *Alcune problematiche di responsabilità per fatto proprio relative all'imputazione colpevole differenziata: in particolare, il determinante comportamento di un terzo o della vittima ai fini della verificazione dell'evento più grave di quello (già penalmente illecito) voluto*

4.1.1. *Introduzione della problematica e riferimenti alle soluzioni prevalenti in giurisprudenza in tema di errore dei sanitari*

In dottrina è stato notato come l'affermazione (in realtà ancora parziale) del principio del *nullum crimen sine culpa*, per quanto fondamentale, non abbia implicato – e non implicherebbe di per sé – un superamento di tutti i problemi riconducibili al principio di personalità della responsabilità penale dell'art. 27, comma 1, Cost., pur avendo posto le basi di un graduale percorso di rilettura di tali problemi e degli istituti coinvolti, persino della colpa stessa[198]. È una descrizione della realtà degli ultimi decenni in una certa misura condivisibile e della quale pare opportuno dare conto lungo l'itinerario di messa a fuoco delle dinamiche di imputazione colpevole differenziata, anche perché alcune di esse sono senz'altro interessate da questa riflessione.

Privilegiando le ipotesi più dettagliatamente prese in considerazione finora, cioè quelle riconducibili alla responsabilità di natura preterintenzionale, si può dire che non sono pochi i casi in cui la giurisprudenza ha dimostrato di accollare risultati più gravi rispetto ai fatti (penalmente illeciti) voluti appannando valutazioni sulla "com-

tik, cit., p. 290 ss.; V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale*, cit., p. 271 ss., comprensibilmente, alla luce del rilievo valorizzato dallo stesso Autore del carattere spesso improvviso – ma così non è sempre – dell'omicidio preterintenzionale.

[198] In particolare, M. Donini, *La personalità della responsabilità penale*, cit., specialmente pp. 1582-1583 e 1616 ss., ove si lascia intendere che tale rilettura riguarderebbe principalmente altri istituti, più "oggettivi", ma non sarebbe comunque estranea alla colpa stessa: il riferimento è più che altro alla «causalità della colpa» (pp. 1618 e 1619). L'Autore ha trattato l'argomento in più occasioni: diffusamente, ad esempio, in Id., *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., soprattutto p. 23 ss. e, per ciò che riguarda quanto si affronterà nelle prossime pagine, p. 77 ss.

petenza" del soggetto agente e, di conseguenza, sulla riconducibilità ad essa del rischio sviluppatosi nell'evento qualificante.

La casistica è piuttosto nutrita e ricomprende per lo più situazioni di verificazione dell'evento aggravatore per effetto di una condotta di un terzo oppure della stessa vittima dell'illecito di base[199].

È bene riconoscere che i problemi di imputazione dell'evento che sorgono in casi del genere sono stati spesso tematizzati, soprattutto dalla letteratura tedesca, a prescindere dalla sussistenza a monte di un fatto di per sé già punibile, riproponendosi effettivamente in termini analoghi anche quando il soggetto di cui si valuti la responsabilità abbia semplicemente violato una regola cautelare *in re licita*: si pensi, ad esempio, all'incidente stradale (dinamica ordinariamente colposa in contesto di base non criminoso) risultante in prima battuta nel ferimento di un altro utente della strada, che poi muore per un errore dei sanitari oppure perché rifiuta le cure. Si tornerà più volte, nelle pagine a seguire, sui motivi della rilevanza "generale" di queste problematiche, non prima però di iniziare a vederle più da vicino, considerando cioè casi realmente decisi dalla giurisprudenza.

Si può cominciare prendendo in esame ipotesi di maturazione dell'evento più grave di quello voluto per effetto della concorrenza della condotta di un terzo. In questo ambito casistico, anche per la loro speciale ricorrenza tra i rilievi difensivi in favore dell'imputato, paiono assai significativi gli errori dei sanitari.

Un caso che ben si presta al ragionamento che si vuole sviluppare è quello relativo alla morte di un soggetto che, nell'ambito di una colluttazione avvenuta in un cantiere edile, fu spinto verso il pendio di un terreno scosceso. Rovinando su un muro di cinta in costruzione, gli si conficcò un tondino di ferro nel gluteo, cagionandogli «lesioni interne, shock settico e crisi cardiorespiratoria», da cui derivò il decesso pochi giorni dopo»[200].

In questo caso, la Cassazione ha "ratificato" la sentenza d'appello che aveva condannato per omicidio preterintenzionale l'imputa-

[199] La casistica selezionata proporrà problemi di inquadramento non certo sconosciuti alla dottrina, ma nelle esemplificazioni si cercherà di privilegiare pronunce recenti, in modo da poter apprezzare il carattere (ancora) del tutto attuale di alcune questioni decise troppo spesso con soluzioni ingiuste.

[200] Cass. pen., Sez. V, 22 marzo 2005, n. 17394, in *DeJure*.

to, nonostante la sua difesa avesse evidenziato che l'esito letale non era stato determinato da mere complicanze, «bensì esclusivamente dall'omessa individuazione e refertazione di una delle due ferite cagionate al retto intestinale dal tondino penetrato nella cavità dell'addome». Nella pronuncia di legittimità, si legge inoltre: «Il perito del gip, concordando con i consulenti delle parti, rilevava che opportuni interventi sanitari, se tempestivamente adottati, avrebbero potuto probabilmente impedire l'insorgenza del processo settico, o contenerne gli sviluppi».

Negli altri passaggi della sentenza divengono ancora più chiare le coordinate di imputazione dell'evento entro le quali la Corte si muove: «In tema di omicidio preterintenzionale, anche la spinta volontariamente inferta, costituendo attiva esplicazione di forza fisica rivolta contro un avversario, costituisce atto volto quantomeno a percuotere, per cui, quando da essa derivi, come conseguenza non voluta, ancorché imprevedibile, la morte, correttamente viene ritenuta sussistente la suddetta figura di reato[201]. […] Quanto al nesso eziologico, è pacifico che la causa sopravvenuta capace di interrompere tale nesso è quella idonea a cagionare l'evento anche in assenza della condotta dell'agente ed a questa non legata da un rapporto di dipendenza. Le cause sopravvenute sufficienti da sole a cagionare l'evento sono solo quelle del tutto indipendenti dal fatto del reo, avulse dalla sua condotta ed operanti con assoluta autonomia, in modo da sfuggire al di lui controllo ed alla di lui prevedibilità. […] Ne deriva che nel caso di lesioni seguite da decesso della vittima, l'e-

[201] Sulla possibilità di concepire una responsabilità preterintenzionale nelle ipotesi in cui il decorso causale mortale sia attivato da una spinta, la sentenza richiama tre precedenti di legittimità (quello più prossimo temporalmente è Cass. pen., Sez. V, 2 marzo 2004, n. 21056, in *DeJure*), di cui il virgolettato proposto nel testo ripropone sostanzialmente la massima. Più di recente (ma, anche in questo caso, non si tratta della prima presa di posizione in tal senso), sempre sulla rilevanza penale *ex* art. 581 c.p. della spinta, Cass. pen., Sez. V, 14 settembre 2015, n. 4272, in *DeJure*: «il termine "percuotere" non è assunto nell'art. 581 c.p., nel suo significato di battere, colpire, picchiare, bensì in quello più lato comprensivo di ogni violenta manomissione dell'altrui persona fisica, sicché anche la spinta, concretandosi in un'energia fisica esercitata con violenza e direttamente sulla persona, integra il percuotere». Si veda inoltre il precedente di merito già richiamato parlando della eccezionalità del riconoscimento della sospensione condizionale della pena nei casi di omicidio preterintenzionale: GIP Trib. Monza, 23 settembre 1999, cit.

ventuale negligenza o imperizia dei medici non elide il nesso causale tra la condotta dell'agente e l'evento morte. La colpa dei sanitari, invero, pur se grave, non può ritenersi causa autonoma e indipendente rispetto al comportamento dello agente che, provocando il fatto lesivo, ha reso necessario l'intervento dei medici. La negligenza o l'imperizia di costoro non costituisce un fatto imprevedibile ed atipico rispetto alla serie causale precedente, della quale rappresenta uno sviluppo evolutivo, pur se non indefettibile. Tale conclusione, poi, non può mai essere posta in discussione quando la colpa medica è di natura omissiva, come nella specie, poiché solo quando essa è commissiva la condotta dei sanitari può assumere i caratteri della atipicità. L'errore per omissione non prescinde mai dall'evento che ha fatto sorgere l'obbligo delle prestazioni sanitarie».

Come è piuttosto evidente, il caso è stato deciso accogliendo una lettura (ancora oggi dominante in giurisprudenza) dell'omicidio preterintenzionale come ipotesi a colpevolezza monca, in cui cioè non è minimamente necessario accertare una colpa[202] rispetto alla verificazione dell'evento aggravatore. Il problema della responsabilità qualificata dell'autore della spinta pur a fronte dell'errore dei sanitari è infatti collocato esclusivamente nell'ambito del giudizio causale, appannando così questioni che riguardano il carattere personale dell'imputazione in un'accezione più normativa, non squisitamente deterministica o frequentistica.

Si potrebbe essere indotti a credere che un ruolo decisivo ai fini della responsabilità sia stato qui giocato dall'estromissione della colpa quale criterio di collegamento tra la prima condotta causale e l'evento finale, considerando pertanto poco pertinente ed esemplificativo il caso riportato. Una lettura rigorosa e aggiornata dell'imputazione colposa dell'evento, arricchita di taluni filtri garantistici, potrebbe effettivamente consentire di escludere la responsabilità preterintenzionale in casi del genere; ed è proprio ciò che si vuole arrivare qui gradualmente a mettere in luce. Il punto è che, se si guarda alla

[202] Che di colpa non si tratti, lo si capisce anche dal fatto che quando si allude alla necessità di una qualche prevedibilità non lo si fa con riferimento alla ferita concretamente verificatasi (cioè l'importante anello causale intermedio), ma esclusivamente rispetto all'errore sanitario, inteso come concausa sopravvenuta, di cui valutare la capacità di "assorbire" completamente la verificazione dell'evento finale.

casistica "parallela" della responsabilità per omicidio colposo, dove (a parole) non è mai posta in discussione la necessità di accertare la colpa per il risultato tipico, si può rapidamente ricavare la conferma che i limiti di "impostazione" della giurisprudenza si ripetono in termini pressoché identici, conducendo così agli stessi risultati "ascrittivi" dell'evento e quindi alla (spesso) discutibile condanna dell'imputato.

Si veda l'inquadramento di un caso concreto passato al vaglio della Corte di legittimità in tempi piuttosto recenti[203].

Si tratta di un incidente stradale con esito mortale concretizzatosi a circa un mese di distanza per l'asserita concorrenza di un errore dei sanitari: secondo la tesi difensiva, degli spostamenti poco accorti da parte del personale ospedaliero, che aggravarono le fratture alle costole, determinando emorragie interne e quindi il decesso. La dinamica dell'incidente pare prescindibile e si può anche assumere che, alla base, ci sia stata effettivamente una violazione cautelare "circolatoria" da parte dell'imputato[204]. È più che altro l'affermazione in punto di diritto a dover essere considerata attentamente: «l'eventuale negligenza o imperizia dei medici, ancorché di elevata gravità, non elide, di per sé, il nesso causale tra la condotta lesiva e l'evento morte, in quanto l'intervento dei sanitari costituisce, rispetto al soggetto leso, un fatto tipico e prevedibile, anche nei potenziali errori di cura, mentre ai fini dell'esclusione del nesso di causalità occorre un errore del tutto eccezionale, abnorme, da solo determinante l'evento letale».

Anche qui – lo conferma l'articolazione dei motivi di ricorso – la partita decisiva viene affrontata (con puntuale sconfitta dell'imputato) sul terreno causale, quasi come se la prevedibilità dell'evento da accertarsi per il giudizio di colpa fosse sottoposta a un metro uguale o più sfavorevole per l'agente rispetto a quello in grado di qualifi-

[203] Cass. pen., Sez. IV, 2 maggio 2017, n. 25560, in *DeJure* (della quale il successivo virgolettato è tratto dal punto 1.7 del «Considerato in diritto»).

[204] Ci si limita ad aggiungere che la difesa dell'imputato aveva cercato di valorizzare il fatto che la persona poi deceduta non indossasse la cintura di sicurezza al momento dello scontro e che, subito dopo, apparisse in condizioni tutt'altro che preoccupanti, dedicandosi in prima persona allo spostamento del proprio veicolo; inoltre, al Pronto Soccorso le fu assegnato un «codice verde».

care una causa sopravvenuta come da sola sufficiente a determinare l'evento, sullo sfondo dell'art. 41 c.p.; di talché, una volta ritenuto non interrotto il nesso causale, la prevedibilità decisiva per la colpa sarebbe praticamente già accertata e nemmeno gli altri filtri tipici dell'imputazione colposa sembrerebbero potere tornare utili[205].

Questo approccio della giurisprudenza, nel cui vortice finisce evidentemente per rimanere inghiottita anche l'avvocatura[206], non è affatto condivisibile, in quanto soffoca la valutazione di questioni di responsabilità per fatto proprio dentro schemi causali, che tale responsabilità possono solo parzialmente contribuire a delineare, pure ricorrendo ai classici correttivi della «causalità umana» di Francesco Antolisei[207].

---

[205] Nelle motivazioni della sentenza appena richiamata, la valorizzazione del criterio della concretizzazione del rischio nell'evento è più apparente che sostanziale. Argomentando sulla non abnormità e non totale imprevedibilità del mancato allacciamento delle cinture di sicurezza da parte degli altri utenti della strada, la pronuncia costruisce un'inferenza piuttosto forzata: «È quindi, nella specie, configurabile la c.d. causalità della colpa, intesa come introduzione, da parte del soggetto agente, del fattore di rischio poi concretizzatosi con l'evento, posta in essere attraverso la violazione delle regole di cautela tese a prevenire e a rendere evitabile il prodursi di quel rischio» (1.4). A ben vedere, depurando sistematicamente la valutazione del rischio concretizzatosi nell'evento da tutti i fattori diversi dalla condotta dell'imputato, si finisce per riproporre, né più né meno, il giudizio di causalità materiale della condotta attiva iniziale.

[206] Non si vuole sostenere che sia sempre agevole per l'avvocato penalista far penetrare nel giudizio principi di diritto innovativi superando vizi di impostazione consolidati, sui quali un minimo appiattimento è forse fisiologico se non si vuol dare l'impressione di parlare un linguaggio eccentrico, che renderebbe probabile l'insuccesso. Tuttavia, dato che si è sempre riconosciuto che tale figura professionale ha la possibilità di incidere sui contenuti e (ancorché non del tutto automaticamente) pure sulla qualità delle sentenze, rimane talvolta il dubbio che tale possibilità non sia sfruttata appieno: un esempio di ricorso parzialmente "rinunciatario" a far valere importanti profili di garanzia è già stato menzionato con riferimento a Cass. pen., Sez. V, 2 luglio 2014, n. 35709, cit.

Per una narrazione a tutto tondo (esorbitante dagli schemi classici della letteratura giuridica e per questo ancor più interessante) della dialettica tra avvocato e giudice, riferimento obbligato sono le pagine del classico di P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Le Monnier, 1935; di recente, in una prospettiva rovesciata, ma sempre in "dialogo" con l'opera di Calamandrei, F. Marzano, *Elogio degli avvocati scritto da un giudice*, Castrovillari, Il Coscile, 2017.

[207] F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1934, in particolare p. 178 ss. Nella didattica contemporanea, per uno sviluppo (piuttosto che una completa ratifica) dell'impostazione di Antolisei, si veda, in particolare, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 151 ss.

4.1.2. *Dalla causalità all'imputazione: le intuizioni delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento e la competenza per il rischio concretizzatosi nell'evento*

Come è noto, l'affermarsi di letture causali come quelle (prima) della «causalità adeguata» e (poi) della «causalità umana» può storicamente mettersi in relazione con l'esigenza di compensare il carattere esasperatamente "oggettivo" di talune forme di imputazione concepite come prive di colpevolezza. Questo aspetto si coglie bene guardando a una critica tradizionalmente mossa in particolare alla «causalità adeguata», accusata di confondere il giudizio causale con quello di colpevolezza, anticipando cioè surrettiziamente valutazioni sulla prevedibilità dell'evento in una sede in cui sarebbe invece opportuno attrarre anche il fortuito, da "scomputare" poi, eventualmente, secondo filtri sistematici diversi. Soprattutto chi, in Germania come in Italia, ha cercato di preservare da contaminazioni reciproche la dimensione "oggettiva" e quella "soggettiva" dell'illecito penale ha calato l'accento proprio su questo aspetto, etichettando come un inutile doppione dell'accertamento della colpa il correttivo della prevedibilità concepito da altri già in ambito causale.

Il punto è che, pure a voler ammettere che di mero doppione si possa parlare quando è contemplato (anche) l'accertamento della colpevolezza – assunto quantomeno ridimensionato da talune analisi dottrinali[208] – la lamentata duplicazione non ci sarebbe nemmeno in misura minima nei casi ritenuti esclusi dall'ambito operativo del principio di colpevolezza, cioè proprio quelli per i quali l'idea di una prevedibilità oggettiva *ex ante* fu proposta: il pensiero fu sin dall'inizio rivolto, in particolare, ai reati aggravati dall'evento[209]. Pure questo è per lo più sempre stato chiaro, ma, laddove le menzionate istanze di "purificazione" sistematica sono state avvertite come irrinunciabili, si è trovato più lineare accettare il costo di una mancata "umanizzazione" (che sarebbe stata comunque parziale) del-

[208] Si veda M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 291 ss., a cui si rinvia, più in generale, per una ricostruzione del quadro evocato nel testo.

[209] Lo osserva, ad esempio, S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 153.

la responsabilità oggettiva, rapportandosi all'ordinamento positivo con un'ambizione di coerenza interpretativa in realtà difficilmente in grado di essere costantemente soddisfatta senza forzature.

Nell'esperienza italiana avviata con l'approvazione del codice penale del 1930, non sono mancate, infatti, autorevoli letture sterilizzanti di una disposizione indubbiamente controversa come quella dell'art. 41, comma 2, c.p. Si è sostenuto che il testo legale, in quel punto, offrirebbe semplicemente una conferma della regola condizionalistica prevista nell'art. 40, comma 1, c.p., argomentando essenzialmente nel senso che una causa da sola sufficiente a determinare l'evento, ben difficilmente, a rigor di logica, potrebbe consentire di ritenere qualsiasi altro fattore precedente una vera *condicio sine qua non* dell'evento stesso[210].

In termini speculari, la pronta intuizione per cui una disposizione come quella dell'art. 45 c.p. – che prevede, ancora oggi, l'esclusione della responsabilità se il fatto è stato commesso «per caso fortuito» (oltre che «per forza maggiore») – potrebbe consentire di valorizzare quantomeno un feticcio della colpevolezza[211], ha condotto a ritagliarne l'ambito di rilevanza con intenti, ancora una volta, più di coerenza che di "funzionalità" applicativa: la norma – in tale prospettiva – dovrebbe associarsi solo a ipotesi concepite come (già) colpevoli dal legislatore, col risultato di attenuarne significativamente la portata.

Ripercorrere più dettagliatamente gli itinerari di queste ricostruzioni condurrebbe la trattazione oltre i propri orizzonti. Non si può però fare a meno di rilevare che esse, nel contesto storico in cui sono maturate, hanno partorito non meno sovrapposizioni normative di quelle che rimproveravano alle interpretazioni avversate.

La giurisprudenza italiana solo nominalmente ha seguito percorsi diversi. A prima vista, i repertori sembrano evidenziare un'adesione ormai di lunga data alla teoria della «causalità umana», quanto-

[210] In questo senso, in particolare, F. Stella, voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Treccani, 1991, p. 16 ss.

[211] Nel senso di valorizzare l'art. 45 c.p. al fine di ottenere un generale guadagno sul piano della colpevolezza, ad esempio, M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 78 ss.

meno in tema di cause sopravvenute[212], come anche i due precedenti poco sopra riportati parrebbero testimoniare.

[212] Rispetto ai fattori eccezionali preesistenti o concomitanti, la giurisprudenza ha gioco più facile nel non ritenere escluso il nesso causale, potendosi appellare a quella che nell'ambito della formulazione dell'art. 41, comma 2, c.p., non sembra in effetti una omissione casuale. Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2016, n. 35015, in *DeJure*. In tale caso, è stata confermata una sentenza di condanna per omicidio preterintenzionale a carico di un soggetto che aveva aggredito la convivente, stretta per il per il collo e deceduta per l'effetto concorrente di una stenosi coronarica dalla quale la vittima stessa era afflitta. I rilievi difensivi sul nesso causale sono stati così superati: «In proposito va infatti ribadito il consolidato principio per cui non sono cause da sole sufficienti a determinare l'evento quelle che operano in sinergia con la condotta dell'imputato, sì che, venendo a mancare una delle due, l'evento non si sarebbe verificato, perché non possono essere qualificati come del tutto indipendenti dalla condotta del soggetto agente. Ultroneo è poi il riferimento operato dal ricorrente alle teorie ancorate sul disposto dell'art. 41 c.p., comma 2, atteso che questo espressamente si riferisce alle sole cause sopravvenute alla condotta umana che abbiano alterato il decorso causale fino a determinare l'evento come conseguenza oggettivamente imprevedibile di un comportamento che pure mantiene la sua natura di antecedente necessario. Ma, come già evidenziato, i fattori ritenuti anomali nel caso di specie non sono sopravvenuti, bensì preesistenti e le doglianze del ricorrente appaiono mirate a trasferire sull'accertamento del nesso condizionalistico valutazioni sulla prevedibilità dell'evento da parte dell'agente concreto che attengono alla sfera della colpevolezza, profilo che invece non è stato attinto dai motivi di ricorso». L'ultimo passaggio riportato è in un certo senso beffardo e testimonia il disorientamento in cui si trovano i difensori nel collocare sistematicamente talune questioni di prevedibilità dell'evento, dovendo fare i conti con un atteggiamento giurisprudenziale sull'art. 584 c.p. che, come visto, nega spesso spazi alla colpa come criterio di imputazione dell'evento più grave di quello voluto.

Nel senso di estendere esplicitamente la stessa logica di accertamento causale appena sopra richiamata anche alle concause sopravvenute, ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 15220, in *DeJure*: «sono cause sopravvenute o preesistenti, da sole sufficienti a determinare l'evento, quelle del tutto indipendenti dalla condotta dell'imputato. Ne consegue che non possono essere considerate tali quelle che abbiano causato l'evento in sinergia con la condotta dell'imputato, atteso che, venendo a mancare una delle due, l'evento non si sarebbe verificato».

In dottrina, lo stesso Antolisei (e altri in seguito) ritenne applicabile analogicamente la sua (diversa) impostazione della «causalità umana» alle ipotesi di concause non sopravvenute – F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 221 ss. – ma si è al riguardo obiettato che non ci si troverebbe di fronte a una vera lacuna normativa: in questo senso, si veda, ad esempio, M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., pp. 82-85, il quale riconosce la presenza di argomenti anche sostanziali a favore della differenziazione di trattamento proposta dal legislatore; sarebbe cioè ragionevole che, in questi casi, si rimettesse a dolo e colpa un ruolo decisivo al fine di escludere la responsabilità, perché altrimenti il soggetto che conoscesse il fattore eccezionale potrebbe sfruttarlo dolosamente, così come potrebbe ben darsi (ipotesi colposa) che in concreto il soggetto abbia il dovere di indagare

Secondo l'impostazione di Antolisei, non potrebbero attribuirsi all'agente quei risultati che rappresentino fattori estranei alla sfera di dominio dell'uomo. Un criterio apparentemente qualitativo come quello della dominabilità si è però presto "dissolto", sia nella teoria originale che nelle "applicazioni" giurisprudenziali, appiattendosi su logiche sostanzialmente frequentistiche già proposte dalla «causalità adeguata», rispetto alla quale lo stesso Antolisei ammette un debito culturale (pur dichiarando di volersene differenziare), e che in definitiva affiorano nelle esemplificazioni proposte, parlando, ad esempio, di fattori «eccezionali» o «rarissimi»[213]. È così comprensibile che anche le sentenze sull'art. 41, comma 2, c.p. affianchino riferimenti sia alla dominabilità che alla prevedibilità del fattore sopravvenuto decisivo per la verificazione dell'evento.

Che quella giurisprudenziale sia per lo più un'adesione solo nominale alla nota teoria della «causalità umana» è facile capirlo non solo constatando, in via generale, la quasi nulla applicazione di una norma come quella dell'art. 41, comma 2, c.p., ma anche considerando, più in particolare, che nella teorizzazione antoliseiana veniva espressamente contemplata la possibilità di ritenere escluso il nesso di causalità proprio in casi di gravi errori dei sanitari oppure di comportamenti anomali della vittima[214], mentre tali soluzioni non risultano di fatto assecondate dalla giurisprudenza.

Ciò detto, il vero limite di tali sentenze non risiede tanto in una mancanza di coerenza con le proprie premesse metodologiche, ma consiste piuttosto nella povertà selettiva delle stesse, cioè nella incapacità di risolvere, ricorrendo a basi unitarie, essenzialmente statistiche, una pluralità di problematiche di imputazione che reclamano invece parametri valutativi ulteriori, di carattere più qualitativo che quantitativo. Proprio questo genere di rilievo ha segnato storicamente l'emancipazione o comunque uno sviluppo delle più matu-

---

anche la presenza di fattori eccezionali nell'ambito del suo terreno d'azione: così può essere, ad esempio, per titolari di una posizione di garanzia come il medico.

[213] F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 190 ss., in particolare pp. 192 e 194. Per l'analisi accennata nel testo, si veda, più dettagliatamente, M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 297 e 298, comprese le note 15 e 16.

[214] F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., pp. 239 ss. e 241 ss.

re teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento d'oltralpe rispetto alle matrici dell'adeguatezza[215]. Va infatti riconosciuto a tali teorie – alludendo ora genericamente alla corrente di pensiero dell'*objektive Zurechnungslehre*, ancorché non poco diversificata al proprio interno[216] – l'intuizione che non poche problematiche di attribuzione a titolo di responsabilità per fatto proprio dei risultati di condotte umane pericolose dovessero essere rivalutate anche attraverso particolari filtri di carattere qualitativo.

È così che hanno trovato terreno fertile criteri quali (creazione di un) rischio non consentito, aumento del rischio e concretizzazione del rischio stesso nell'evento; questioni effettivamente insuscettibili di essere apprezzate adeguatamente affidandosi alla sola prevedibilità oggettiva quantitativamente temperata. La duttilità di tali criteri ha favorito la proposizione di inquadramenti sistematici diversi, il più marcato ma forse anche il più rappresentativo dei quali ricostruisce la categoria dell'imputazione oggettiva come livello di selezione autonomo nella teoria generale del reato; autonomia spinta ad individuare una piattaforma concettuale ritenuta capace di rapportarsi, senza radicali differenze, tanto alla responsabilità colposa quanto a quella dolosa, così come a quella preterintenzionale. Il concepimento di una simile base comune a tutti i reati di evento non ha riproposto i limiti tradizionali dell'adeguatezza causale – il che non significa necessariamente sconfessarne il punto di vista co-

---

[215] In questo risiede principalmente lo scarto tra le prime impostazioni del civilista Karl Larenz e del penalista Richard Martin Honig (K. Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Leipzig, Deichert, 1927, specialmente p. 60 ss.; R.M. Honig, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in A. Hegler (Hrsg.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, I, Tübingen, Mohr, 1930, p. 174 ss.) e quella successiva di Claus Roxin, che più di altre sembra aver segnato il passaggio alle versioni moderne dell'imputazione oggettiva dell'evento: C. Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, Schwartz, 1970, p. 133 ss.

[216] È piuttosto ricorrente la considerazione che ci si trovi di fronte a una pluralità di teorie. In questo senso, ad esempio, A. Vallini, *"Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte*. Per una collocazione dell'art.41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica", in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2012, p. 15.

munque selettivo, ancorché parziale[217] – perché, a dispetto del carattere autonomo e in un certo senso unitario della categoria, al suo interno sono stati fatti convergere plurimi parametri di valutazione: base comune, dunque, ma metodologia di analisi complessa, non monistica. Anche questa – la terminologia identificativa sembra appunto confermarlo – rappresenta in definitiva una forma di razionalizzazione dell'"oggettivo" e del "soggettivo" consistente per lo più nel separarli, ma la peculiarità è che ha saputo offrire dei criteri aggiuntivi rispetto alla causalità, arricchendo notevolmente la valutazione del fatto proprio[218].

Anche da noi non sono mancate convinte adesioni, in alcuni casi persino accompagnate da un apprezzabile sforzo finalizzato a soddisfare esigenze propriamente divulgative, di chiarificazione concettuale e sintesi[219].

---

[217] Tra coloro che non vi hanno aderito, si è comunque riconosciuto come la metodologia dell'imputazione oggettiva dell'evento abbia contribuito a favorire il «distacco della tipologia delittuosa "preterintenzione" dal "vortice" delle teorie della causalità» proprio attraverso il primigenio ideale dell'adeguatezza, elevando così il requisito della prevedibilità oggettiva a canone di imputazione valevole per tutti gli illeciti di evento: in questi termini, S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 159.

[218] Si veda M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 157, il quale (nel 2006) afferma che «l'elaborazione della categoria, negli ultimi trenta-trentacinque anni, si è accompagnata a *uno stile argomentativo articolato*, che utilizza diversi *topoi*, diversi magazzini di argomentazioni per la soluzione dei casi, ben oltre la cultura statistica del rischio concepito dalle teorie dell'adeguatezza». Per l'Autore, la formula di sintesi sarebbe il «nesso di rischio» o *Risikozusammenhang* nella versione tedesca; *relación de riesgo* in quella spagnola (in particolare, pp. 19 ss., 37 ss. e 159 ss.).

[219] È quanto va senz'altro riconosciuto, in particolare, a Massimo Donini, il quale, in più scritti – tra cui spicca un contributo monografico per certi versi atipico, in quanto marcatamente orientato da quel fine divulgativo a cui si è fatto cenno nel testo: M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., specialmente p. 149 ss.; ma si veda in seguito, anche per alcuni aggiornamenti, pure la voce enciclopedica Id., voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 635 ss. (ad entrambi i contributi si rinvia per gli opportuni ulteriori riferimenti bibliografici) – ha cercato di rendere più chiari la *ratio* e i possibili vantaggi di una metodologia di selezione del fatto proprio spesso accolta in Italia come uno sterile se non controproducente esercizio classificatorio: tra le critiche più decise in questo senso, G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 3 ss.; ancora in Id., *La responsabilità colposa*, cit., pp. 16-18; nella manualistica, si veda F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 178, il quale ritiene che le esemplificazioni proposte raggiungerebbero «livelli complicatori forse unici e concorrenti ad accrescere le distanze tra teoria e prassi»,

Si è anche cercato un dialogo con il legislatore, traducendo i principi cardine dell'*objektive Zurechnungslehre* in regole suscettibili di concreta applicazione, suggerendo in particolare una riforma dell'art. 41, comma 2, c.p.[220], rimasto invece immutato dal 1930 a oggi. Il testo proposto ambiva a escludere la punibilità – si legga però: l'imputazione oggettiva dell'evento; metonimie del genere sono del resto frequenti nel linguaggio del nostro codice e presentano spesso il pregio di una maggiore "laicità" terminologica a fronte dell'esistenza di una pluralità di opzioni sistematiche – nei casi di «intervento assorbente di cause sopravvenute che dipendano da fattori eccezionali, da sfere giuridiche di competenza esclusiva di terzi, della persona offesa o da rischi ubiquitari»; cioè «quando esso riduce la causalità della condotta al significato di mera occasione, o determina un effetto manifestamente sproporzionato all'idoneità lesiva della condotta vietata».

È facile notare che l'aggettivo «assorbente», in tale ottica, non rappresenta un mero sinonimo di «eccezionale»; difatti, l'eccezionalità del fattore causale è solo una delle ipotesi di esclusione della responsabilità considerate. Il riferimento al concetto di «competenza» pare l'aspetto meritevole di maggiore considerazione, in quanto segna veramente in modo emblematico quel cambiamento di prospettiva rispetto alle teorie dell'adeguatezza causale in favore di parametri qualitativi, di indubbia utilità per filtrare appieno le problematiche di responsabilità per fatto proprio[221].

---

mentre non ci sarebbero vantaggi davvero significativi perché tutto si ridurrebbe essenzialmente a una questione di «sistematica del reato», cioè di «preferenze personali»; quindi così conclude: «Tanto rumore per nulla?».

[220] M. Donini, *La relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1 ottobre 1998. Considerazioni critico-costruttive in tema di colpevolezza*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 414 ss.

[221] Si veda ancora M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 664 ss., in particolare pp. 668-670, che, comparando i diversi progetti di riforma del codice penale fino a quello "Pisapia" del 2007, nota come proprio nel progetto "Pisapia" e prima ancora in quello "Pagliaro" del 1992 sia emersa chiaramente un'esigenza analoga, nel senso cioè di non limitare l'affermazione del collegamento tra condotta ed evento limitandosi a una rielaborazione della causalità umana (come avrebbero per lo più fatto gli altri progetti), ma di «codificare il rapporto di rischio quale requisito generale (non solo per i reati colposi) di imputazione oggettiva» (p. 670).

Nel panorama dottrinale italiano, la ricostruzione che ha sviluppato di più – o quantomeno in termini più originali – il concetto di «competenza» pare quella di Luigi Cornacchia, che si è dedicato a uno studio monografico non limitato al tema del «concorso di colpe», ma volto a ricercare soluzioni a tale problematica nel quadro di una sistematica ampiamente modellata secondo il principio costituzionale di responsabilità per fatto proprio[222]. Si tratta di un'impostazione che, per ciò che qui più rileva, parte da un deciso rifiuto delle logiche meccanicistiche sottese al dogma causale quale criteriologia per dare soluzione ai complessi problemi di «imputazione» penale[223] e perviene a una rifondazione sistematica basata su un'idea di stampo funzionalista, che non trapianta però *tout court* teoriche d'oltralpe come quella ben nota di Günther Jakobs[224], ma cerca di armonizzare con l'architettura costituzionale italiana l'idea che i cittadini siano titolari di posizioni giuridiche – di «status» – e che solo all'interno di tale cornice normativa («pre-tipica») possano maturare sfere di «competenza» per determinati rischi, altrimenti attribuibili a terzi, al caso o comunque non penalmente rilevanti (per quel soggetto)[225].

---

[222] L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit.

[223] *Ibidem*, in particolare p. 27 ss., ove una dotta ricognizione delle radici antiche, di matrice filosofica, dell'idea di «imputazione» come fenomeno non coincidente con la causalità, ma al più indiziato dalla stessa.

[224] Anche per tutti gli opportuni riferimenti bibliografici, si rinvia a L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., a partire da p. 97, nota 36, ove l'Autore riconosce la «progenitura» delle teoriche funzionaliste rispetto ad alcuni profili cardine della propria ricostruzione e, per rilevanti precisazioni con riferimento alle singole impostazioni riconducibili a tale filone, p. 232 ss. Per la critica per cui tutte queste impostazioni paleserebbero una matrice illiberale, di subordinazione dell'individuo allo Stato, M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 47, nota 11; critica alla quale, rispetto alla propria impostazione in particolare, si è replicato in L. Cornacchia, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, pp. 271 e 272.

[225] L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., in particolare p. 438, ove si sintetizzano i risultati dell'indagine in un periodo piuttosto rappresentativo dell'impostazione sviluppata: «non si pone neppure la questione di responsabilità, per assenza radicale di *imputatio*, ogni volta che il fatto fuoriesce dalla sfera di competenza del soggetto ipotetico partecipe e rientra integralmente in quella di altri (altro soggetto responsabile, o vittima), o di nessuno (del caso)»; in tali casi vi sarebbe una «*causa ad excludendum*».

In giurisprudenza, se l'orientamento che pare più rappresentativo con specifico riferimento alle sopravvenute inadeguatezze dei sanitari è quello che si è richiamato e che evidentemente svaluta le questioni di «competenza» di cui si sta qui facendo emergere l'importanza, è anche vero che non sono mancate autorevoli prese di posizione nella direzione auspicata. In questo senso, infatti, diversi passaggi della nota sentenza delle Sezioni unite sul caso ThyssenKrupp, dove si propone esplicitamente una teorizzazione dei presupposti dell'illecito colposo basata su sfere individuali di «competenza», peraltro associate a vere e proprie posizioni di garanzia a prescindere dalla configurazione della responsabilità penale in termini omissivi[226].

Occorre chiedersi se la valorizzazione del concetto di «competenza» implichi necessariamente un integrale accoglimento delle coordinate teoriche delle (anche tra loro diverse) impostazioni appena passate rapidamente in rassegna oppure se tale idea possa convivere anche con una sistematica più largamente condivisa nella tradizione italiana[227]; il che, forse, potrebbe facilitarne l'ulterio-

---

Di recente, in termini critici sul ricorso a una certa idea di *status* nel diritto penale, F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 53-57, il quale si esprime però in una prospettiva differente, cioè non incentrata sulla responsabilità colposa, ma, più in generale, volta a cogliere le direttrici di un «percorso storicamente a ritroso», di «ritorno sulla scena sociale di uno *status* ereditato, quale immutabile condizione della persona nella società» (p. 55), coerente con l'affermarsi di «statuti penali differenziati in ragione o della tipologia di materia e di fatti-reato o della tipologia di autori» (p. 54).

[226] Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., in particolare i punti 12 ss. del «Considerato in diritto». L'estensore di questa sentenza ha poi fatto filtrare nelle motivazioni anche plurimi riferimenti espliciti o impliciti a quella che viene indicata come «teoria del rischio», parlando talvolta anche di «imputazione oggettiva dell'evento»; questioni dallo stesso già apprezzate anche in trattazioni scientifiche, ad esempio in R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 151 ss.

[227] Si noti sin d'ora che l'impostazione di Luigi Cornacchia, ad esempio, oltre ad essere stata riproposta in diversi altri suoi scritti "individuali", è confluita anche nell'opera manualistica S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., in particolare pp. 203 ss. e 370 ss.; opera nella quale la colpa è affrontata nella parte dedicata alla tipicità (senza ovviamente escludere o per ciò solo sminuire l'esistenza di un importante livello di colpevolezza pertinente alla colpa) e proprio nella dimensione di tipicità colposa si dedica spazio a un criterio

re penetrazione e quindi il consolidamento nel nostro ordinamento. A tale interrogativo ci si accinge a dare risposta immediatamente di seguito.

4.1.3. *La dimensione di tipicità colposa e le sue potenzialità selettive: un bilancio provvisorio e parziale*

La dottrina italiana ha finora prevalentemente rifiutato l'approccio sistematico volto a riconoscere l'imputazione oggettiva come momento autonomo dell'accertamento della responsabilità penale per la produzione di un evento[228], ma è anche vero che da tempo ne condivide di fatto – sia consentito qui prescindere da una più approfondita analisi della reale paternità di ciascuno dei criteri in questione e delle relative rivendicazioni su entrambi i fronti – alcune metodologie di imputazione, facendole operare soprattutto dentro quel "ritaglio" di tipicità indicato come misura oggettiva della colpa. Proprio in tale contesto risulta allora opportuno verificare se possa proficuamente collocarsi l'analisi del problema specifico lasciato per un attimo sullo sfondo, cioè capire se e (nel caso) in quale misura la condotta successiva di un terzo, in particolare quella dei sanitari, possa condurre a escludere la responsabilità penale di colui che abbia innescato con un comportamento doloso il decorso causale pericoloso alla base dell'evento.

Avendo preso posizione sulla configurabilità di regole di cautela anche *in re illicita*, il ragionamento può essere sviluppato in termini non tanto diversi rispetto alle ipotesi contraddistinte da una condotta di base non intrinsecamente criminosa, come avviene spesso nei casi in cui il rischio matura nella circolazione stradale. L'evento non è in ogni caso voluto e la diversa ambientazione della colpa non sembra poter implicare ostacoli significativi. Si è visto infatti che, se *in re illicita* è problematica l'impostazione del giudizio controfattuale che porta a chiedersi cosa sarebbe successo rispettando la regola cautelare, il giudizio di

---

spesso "conteso" e variamente interpretato come quello della «concretizzazione del rischio» nell'evento (p. 486).

[228] Tra le monografie relativamente recenti che la rilanciano, K. Summerer, *Causalità ed evitabilità*, cit.

congruenza tra rischio attivato con l'inosservanza precauzionale e l'evento alla luce delle sue concrete modalità di verificazione opera invece nei termini usuali e per parte della dottrina rappresenterebbe proprio il momento valutativo più adatto per dare soluzione ai problematici casi di prestazione inadeguata dei sanitari. In tale prospettiva, si è quindi richiamata l'attenzione sullo scopo della regola cautelare e, in termini del tutto coerenti, sull'esigenza di una corretta descrizione dell'evento da imputare a titolo di colpa[229]. Se dal ventaglio di eventi prevedibili in grado di fondare l'imputazione colposa (tanto in senso stretto quanto in ambito preterintenzionale) vengono esclusi tutti o una parte di quelli per la cui maturazione sia decisivo l'errore medico, si introduce evidentemente nel giudizio di colpa un elemento tale da non rendere sufficiente la mera prevedibilità oggettiva, che finirebbe invece per far dipendere l'addebito dell'evento dal solo coefficiente probabilistico associabile a tale anello causale intermedio[230].

Questo inquadramento sistematico della casistica in esame è stato sottoposto a critica, osservando che il tentativo di collocare questioni sostanzialmente di "competenza" all'interno dello scopo della regola cautelare rappresenterebbe spesso una forzatura, perché si trasformerebbe tale criterio in un «grande *topos*, un magazzino dove vengono ammassati vari altri argomenti (imprevedibilità, non dominabilità, rischio generico dell'esistenza, ecc.), o che serve – per chi è già convinto della soluzione – dove altri argomenti non sono reperibili»[231]. Tale

---

[229] In questi termini, ad esempio, S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., pp. 169 e 172. Sulla descrizione dell'evento, fondamentali, F. Stella, *La "descrizione" dell'evento*, I, *L'offesa – il nesso causale*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 28 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., pp. 13 ss. e (sulla concretizzazione del rischio nell'evento) 434 ss.; nella dottrina tedesca, K. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, cit., p. 373 ss.

[230] Lo riconosce lo stesso S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., pp. 163 e 164, il quale, pur lasciando aperta la questione del sufficiente livello di probabilità di verificazione dell'evento affinché si possa affermare la prevedibilità oggettiva dell'evento stesso in ambito preterintenzionale, affida comunque a tale criterio (quello della prevedibilità oggettiva) la soluzione dei casi più facili, cioè quelli in cui l'evento appia *ex ante* particolarmente raro. Tra gli altri Autori che valorizzano il criterio dello scopo di tutela della norma rilevante, A.R. Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 175 ss. e 191 ss., ove riferimenti ai rapporti con la prevedibilità oggettiva.

[231] Così M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 365, nota 100, che sviluppa una critica diffusa anche nella dottrina tedesca, peraltro a prescindere da una pie-

rilievo fa riflettere sulla necessità che problemi di responsabilità per fatto proprio trovino soluzione sulla base di criteri specifici, che non si risolvano in una affermazione di principio meramente orientativa e arbitrariamente manipolabile al lato pratico. Tuttavia, non sembra comunque da svalutare l'idea per cui la dimensione di tipicità del fatto colposo, in particolare l'accertamento della cosiddetta misura oggettiva della colpa, sia permeabile rispetto a istanze personalistiche. Non solo ciò è auspicabile alla luce della necessità di rileggere istituti classici in termini maggiormente aderenti alle evoluzioni interpretative che riguardano i principi contenuti nell'art. 27 Cost., in particolare dal 1988 in avanti[232], ma si tratta di un'istanza che si mira a soddisfare già da tempo anche ricorrendo a regole d'imputazione sviluppatesi con una certa autonomia, ancorché (quantomeno implicitamente) orientate comunque dal principio di personalità della responsabilità penale e che proprio sul piano della misura oggettiva della colpa paiono coerentemente potersi collocare.

Nella direzione appena indicata si muove, ad esempio, la più compiuta elaborazione teorica italiana – quella di Marco Mantovani[233] – sul *Vertrauensgrundsatz*, cioè il principio di affidamento.

---

na adesione alla sistematica tipica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento: si veda, ad esempio, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, Müller, 1988, p. 562 ss. e, più in generale, p. 230 ss., in cui si argomenta nel senso dell'inadeguatezza di un unico criterio per dare convincente soluzione alla variegata costellazione di ipotesi di concorrenza del fatto illecito altrui.

[232] Come già accennato all'inizio di questa parentesi su problematiche di fatto proprio, si tratta di un'esigenza avvertita con particolare enfasi da M. Donini, *La personalità della responsabilità penale*, cit., in particolare pp. 1582-1583, 1595-1596 e 1616 ss., il quale, pur sviluppando una dogmatica della colpa articolata (in particolare in Id., *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., p. 124 ss., in cui, a ben vedere, nelle pp. 148 e 149, riferendosi a quella che lo stesso Autore chiama «tipicità soggettiva», si prendono in considerazione proprio questioni di fatto proprio – letteralmente di «competenza» – considerandole in grado di incidere sulla conformazione delle cautele doverose; così, ancor più di recente, in Id., *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2019, soprattutto p. 12), continua comunque a collocare le problematiche di fatto proprio come quelle ora in esame principalmente nell'ambito dell'imputazione oggettiva dell'evento, sottolineando come non si tratti di questioni da confinare entro i limiti dell'addebito colposo.

[233] M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., in particolare p. 152. Nella dottrina tedesca, dove l'argomento è stato ampiamente trattato, inquadrandolo per lo

Come è noto, tale principio opera nei contesti in cui più soggetti siano tenuti al rispetto di regole cautelari, con l'effetto di incidere sul contenuto o comunque sul perimetro delle stesse, consentendo a ciascuno di confidare ordinariamente, cioè salvi indizi concreti di segno opposto, che il comportamento delle altre persone interagenti (nel passato, come nel presente oppure nel futuro) sia corretto, cioè conforme a cautela.

Il principio di affidamento è stato teorizzato dapprima dalla dottrina tedesca con riferimento alla circolazione stradale in un contesto istituzionale non liberale, come quello nazionalsocialista, nel quale l'aspettativa statuale di fedeltà dei consociati alle regole (comprese quelle cautelari) era un aspetto caratterizzante il sistema[234]. Lo stesso principio è poi riuscito ad affermarsi (ancorché più a livello teorico che nelle applicazioni giurisprudenziali, che difatti lo richiamano più spesso per escluderne la pertinenza in concreto oppure lo dichiarano impropriamente applicato in casi in cui manca completamente la prevedibilità di un'inosservanza cautelare altrui che renda mediatamente prevedibile anche l'evento corrispondente al tipo)[235] pure negli ordinamenti liberali contemporanei, palesando funzionalità non solo di garanzia individuale ma anche in termini di protezione dei beni giuridici coinvolti; ciò sulla

---

più come un'espressione della teorica dell'*erlaubtes Risiko* (rischio consentito) – lo testimonia C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., München, Beck, 2006, p. 1070, in particolare nota 35 – si veda ora N. Bautista Pizarro, *Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht. Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2017. Tra gli studi di riferimento nella letteratura di lingua spagnola, in particolare, M. Maraver Gómez, *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, Civitas, 2009; S. Abraldes, *Delito imprudente y principio de confianza*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010; inoltre, con particolare riferimento al contesto sanitario, ad esempio, V. Rodríguez Vázquez, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 183 ss. e 216 ss.

[234] In particolare, H. Gülde, *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts*, in *Juristiche Wochenschrift*, 1938, p. 2785 ss.; per un'ampia ricognizione delle radici storiche del principio di affidamento, M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., p. 11 ss.

[235] Per queste considerazioni critiche sul relazionarsi della giurisprudenza con il principio di affidamento (e per più dettagliati riferimenti, anche bibliografici), sia consentito il rinvio a M.L. Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, in particolare p. 1236 ss.

base del presupposto che la possibilità di far ordinariamente convergere tutte le attenzioni sul proprio agire, piuttosto che doversi occupare anche di quello altrui, abbia come implicazione una maggiore correttezza (cioè una maggiore sicurezza) della propria condotta[236].

Come si accennava, il principio di affidamento incide sul piano del dovere di prevedere le inadeguatezze altrui, ordinariamente escludendolo e individuando così già *ex ante* uno spazio di libertà[237] che perimetra, di riflesso, la tipicità colposa[238].

In ambito sanitario, tale principio è stato teorizzato soprattutto

---

[236] Si tratta di un argomento sviluppato soprattutto in ambito sanitario, dove la frequenza dell'intervento di più soggetti nella "scena" del trattamento del paziente ha consentito (più che altro alla dottrina) di mettere a fuoco le dinamiche operative del principio di affidamento. Si è arrivati persino a ipotizzare «*un vero e proprio dovere reciproco di affidamento*»: così L. Cornacchia, *Responsabilità penale da attività sanitaria in* équipe, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2013, p. 1231, secondo cui tale dovere sarebbe posto «evidentemente, proprio a tutela della salute del paziente»; di talché il principio di affidamento verrebbe qui ad assumere «*una valenza eccentrica rispetto al suo normale utilizzo*» (p. 1234); Id., *Concorso di colpe*, cit., pp. 491 e 531-532; Id., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, cit., pp. 832-834; già prima, A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 480, nota 15. In linea con questa prospettiva, sembra opportuno richiamare la nota considerazione di G. Stratenwerth, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in P. Bockelmann, W. Gallas (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 388, per cui un medico che si interessi di tutto (e quindi anche delle prestazioni altrui), andrà esente da un rimprovero per mancata diligenza, ma difficilmente sarà un buon medico.

[237] In questo senso, ad esempio, H. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, Mohr, 1986, p. 9. Si veda anche G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., p. 273, il quale ritiene il principio di affidamento espressione dell'«esigenza di assicurare ai singoli una certa "libertà d'azione", altrimenti negata dalla necessità di tenere conto di tutto ciò che sia *possibile* prevedere». Sui limiti di operatività del principio di affidamento, diffusamente, M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., p. 155 ss.; nell'ambito delle trattazioni più recenti, ad esempio, A. Palma, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, Jovene, 2016, p. 54 ss.; M. Caputo, *Colpa penale del medico*, cit., p. 74 ss.; volendo, anche M.L. Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento*, cit., p. 1226 ss.

[238] Per uno studio recente volto a evidenziare in più passaggi come un corretto ricorso al principio di affidamento consenta di valorizzare anche la misura "soggettiva" della colpa, C. Silva, *Responsabilità colposa e principio di affidamento. La controversa applicazione nell'attività medica di* équipe, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., in particolare p. 475 ss.

pensando alla fiducia che i diversi professionisti del settore possono nutrire reciprocamente quando intervengano contestualmente o in momenti diversi del trattamento del paziente, ma le aspettative di correttezza comportamentale associabili all'attività di questi soggetti sono state considerate valide anche in capo a chi abbia innescato il fattore di rischio da fronteggiare. In altre parole, se non si vuole scadere in una riproposizione della logica del *versari in re illicita*, non ci sarebbero buone ragioni perché (anche) l'autore di una lesione personale (sia essa dolosa o colposa) non possa confidare nel fatto che i sanitari poi chiamati in causa eseguano in modo adeguato i propri compiti al fine di scongiurare la morte della persona offesa[239].

Almeno in astratto, le dinamiche operative del *Vertrauensgrun-*

[239] Si veda soprattutto M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., p. 170 ss.; ma, più in generale, già p. 165 ss., ove (sviluppando una ricostruzione già di K. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, cit., p. 322 ss.) si spiegano le ragioni per le quali non andrebbero posti limiti *a priori* alla portata del principio di affidamento, potendo esso sussistere non solo a beneficio degli autori di condotte dolose ma persino con riferimento alle condotte dolose di terzi, sul presupposto che in tutti i casi di realizzazione dolosa di un fatto tipico si passerebbe comunque attraverso lo stadio "presupposto" della violazione di una regola cautelare; regola cautelare la cui configurabilità giustificherebbe quell'aspettativa fondante, in via ordinaria, il legittimo affidamento altrui. Questa ricostruzione è coerente con il principio riassunto dalla ben nota formula «non c'è dolo senza colpa», che trova adesioni tutt'altro che trascurabili nella letteratura penalistica italiana (ad esempio, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., p. 386 ss.; S. Prosdocimi, Dolus eventualis. *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 85 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., p. 264; per F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 30, «la contrarietà alla diligenza doverosa» assumerebbe «una funzione significativa se non nella fondazione, quanto meno nella delimitazione della tipicità dolosa»; ma rilevanti precisazioni nelle p. 357 ss.) e a cui si ricorre non di rado per giustificare la superfluità di una categoria come l'imputazione oggettiva dell'evento, potendosi – secondo questa prospettiva – estendere in modo efficace ed esaustivo i filtri dell'imputazione colposa anche nei casi in cui l'evento sia voluto e in qualche modo prodotto (almeno in termini di causalità materiale) ma difettino i profili normativi in grado di attribuirlo all'agente come un proprio fatto illecito: *ex professo*, in particolare, il già richiamato saggio di G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., p. 3 ss.

Nella dottrina tedesca, si veda, ad esempio, R.D. Herzberg, *Der Vorsatz als "Schuldform", als "aliud" zur Fahrlässigkeit und als "Wissen und Wollen"?*, in C. Roxin, G. Widmaier (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, München, Beck, 2000, p. 51 ss., che, muovendo dal dato ritenuto comune a entrambe le forme d'illecito della violazione cautelare, ricostruisce tra dolo e colpa un rapporto di *plus*/*minus* piuttosto che di eterogeneità.

dsatz (che bilanciano regola ed eccezioni)[240] offrirebbero soluzioni di maggiore equilibrio rispetto a criteri "rigidi", come, ad esempio, quello ben noto del *Regreßverbot*, la cui paternità è tradizionalmente ricondotta a Reinhard Frank[241]. Quest'ultimo criterio, peraltro, consentirebbe di escludere la responsabilità di colui che abbia innescato il fattore di rischio alla base dell'evento soltanto in caso di intervento di una condotta altrui di segno doloso, quindi ben difficilmente in ambito sanitario. Inoltre e soprattutto, a differenza del principio di affidamento, porterebbe a soluzioni troppo drastiche, cioè a ritenere sempre esclusa la responsabilità del "primo" agente, mentre l'imputazione dell'evento a tale soggetto non sembra poter prescindere così radicalmente dai dettagli concreti del comportamento del terzo[242]. Tra tali dettagli, non va però sopravvalutato il grado della colpa del terzo[243], che trova peraltro spesso menzione in sentenze come quelle richiamate nelle prime pagine di questo paragrafo. A ben vedere, in tali pronunce, la presa di posizione è nel senso di non attribuire efficacia interruttiva dell'"imputazione" nemmeno a condotte del

---

[240] Per questa tensione e per una terminologia conforme a quella appena impiegata nel testo per descriverla, nella dottrina italiana, si vedano in particolare A. Massaro, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in* équipe, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3860 ss.; L. Risicato, *L'attività medica di* équipe *tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 71 ss.

[241] R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, 18ª ed., Tübingen, Mohr, 1931, pp. 14 e 15.

[242] M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., pp. 176 ss. e 179 ss.

[243] Nella dottrina d'oltralpe, nel senso di attribuire un rilievo decisivo al grado della colpa del soggetto che intervenga sul decorso causale, si veda, ad esempio, G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2ª ed., Berlin, New York, de Gruyter, 1991, p. 211; nonché l'austriaco M. Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, Manz, 1974, p. 119 ss. Nella letteratura italiana, sembra considerare determinante la presenza di una «*crassa imperizia*» M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 418, il quale, negli altri casi, ravvisa per lo più una responsabilità sia del "feritore" che del sanitario. Per ulteriori analisi della variegata casistica caratterizzata da eventi in diverso modo condizionati dall'errore dei sanitari, si vedano anche G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., p. 603 ss. (ove, all'esito di una ricca indagine, un'assimilazione – in termini di validità delle soluzioni – delle ipotesi di condotta del sanitario alle «azioni di salvataggio»: pp. 621-623); M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 371 ss., rinviando ad entrambi pure per ulteriori riferimenti alla dottrina d'oltralpe.

sanitario contraddistinte da colpa grave. Se ciò può risultare forse comprensibile su un piano strettamente causale, nel giudizio di colpa, al contrario, persino ipotesi di lieve inadeguatezza altrui dovrebbero poter giustificare, almeno in linea di massima, talune esclusioni di responsabilità per l'evento in applicazione del principio di affidamento; quest'ultimo, infatti, nella sua teorizzazione più consolidata, si basa su un'aspettativa in grado di "perdere tutela" più che altro in coincidenza della riconoscibilità concreta dell'inosservanza altrui e non tanto in dipendenza del suo grado[244]. Non è qui possibile approfondire ulteriormente il discorso, ma sembra comunque opportuno aggiungere che le sentenze predette non sono condivisibili nemmeno in quei passaggi in cui escludono categoricamente che la responsabilità possa venir meno quando l'errore dei sanitari consista in una condotta omissiva[245]. Leggendo tale assunto ancora una volta con le lenti dell'imputazione colposa (quindi, non meramente causale), infatti, emerge un errore di prospettiva di matrice (eccessivamente) naturalistica, consistente, cioè, nel concentrare tutta l'attenzione sul decorso causale reale. In tali casi, pare solo suggestivo e non del tutto corretto osservare che si svilupperebbe fino in fondo il rischio inizialmente attivato; non ci si accorge, infatti, che, in questo modo, nella valutazione della concretizzazione del rischio nell'evento si finisce per appiattirsi sull'accertamento della causalità materiale, trascurando troppo il profilo normativo dell'obbligo cautelare spettante (come espressione della loro sfera di «competen-

[244] In questo senso, la tutela dell'affidamento nei terzi potrebbe persino vacillare di più a fronte di grossolane inosservanze altrui, almeno nella misura in cui esse si manifestino limpidamente, rendendosi quindi concretamente percepibili. Ciò, però, vale evidentemente più che altro nei contesti in cui la logica di fiducia si riferisca a una condotta altrui preesistente oppure concomitante; ben più difficilmente, invece, quando l'errore sia solo un'eventualità futura, peraltro riconducibile a soggetti rispetto ai quali normalmente manca qualsiasi previa informazione che consenta anche solo una congettura sulla adeguatezza della loro (successiva) condotta: così è, appunto, quando ci si relaziona (ancorché solo dal punto di vista normativo; non si tratta di un'interazione in senso stretto) con la sfera di competenza dei sanitari chiamati in causa dopo la produzione di una lesione personale in un contesto diverso.

[245] Su questa specifica eventualità, si vedano, in particolare, M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 376-380; M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., p. 180, ai quali si rinvia per riferimenti alla letteratura tedesca.

za») ai sanitari stessi; obbligo che, se adempiuto normalmente, potrebbe talvolta consentire senza dubbi l'impedimento dell'evento[246]. Del resto, il principio di affidamento non viene praticamente mai teorizzato assegnando un ruolo determinante al fatto che le condotte altrui imposte dall'obbligo cautelare consistano in un *facere* (ipotesi peraltro assai frequente in ambito sanitario) o in un *non facere*: è più che altro l'aspettativa del suo rispetto e non tanto il contenuto di dettaglio dell'obbligo, infatti, a porsi alla base dell'operatività del *Vertrauensgrundsatz*.

Se il principio di affidamento sembra poter rappresentare un valido punto di riferimento nell'attrarre nell'ambito della misura oggettiva della colpa e in senso conforme a istanze personalistiche[247] la soluzione della problematica casistica degli errori decisivi dei sanitari, è probabilmente anche vero che a tale principio non si possono chiedere prestazioni sempre pienamente "calibrate". In questo senso, ad esempio, si è osservato che il principio in questione potrebbe consentire un esonero da responsabilità soltanto quando «gli altrui obblighi, di cui si attende l'osservanza, siano in astratto efficienti, se adempiuti dai rispettivi destinatari, ad eliminare *in ogni caso* i pericoli presenti in una determinata situazione»[248].

Ancora una volta si consenta di non scendere ulteriormente nei

---

[246] Si noti che la svalutazione di questo aspetto non ha mai implicato concretamente alcun lassismo nella valutazione della responsabilità penale dei sanitari; stante l'ancora troppo vasta area della punibilità delle condotte di questi ultimi, il rischio è semmai quello di duplicare le ingiustizie.

[247] In questo senso, esplicitamente, L. Risicato, *L'attività medica di* équipe, cit., p. 40, per la quale il principio di affidamento «rappresenta con ogni probabilità il corollario più significativo – nella materia del reato colposo – del carattere personale della responsabilità penale sancito dall'art. 27, comma 1, Cost.». Negli stessi termini, in seguito, L. Cornacchia, *Responsabilità penale*, cit., p. 1226, nota 21; C. Silva, *Responsabilità colposa*, cit., p. 463.

[248] Così conclude sul punto M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., p. 183, il quale, a ben vedere, non si riferisce al ventaglio di ipotesi in cui il sanitario pienamente competente sia destinatario di regole cautelari improprie (cioè che non garantiscono l'impedimento dell'evento; circostanza peraltro non rara in ambito sanitario), ma ritiene piuttosto di poter computare a "sfavore" di colui che crei il rischio la speciale eventualità che il medico a cui la persona offesa viene sottoposta difetti della perizia necessaria per il trattamento, che può essere anche particolarmente complicato e suggerire un obbligo di astensione la cui violazione darebbe luogo a una colpa per assunzione. Si veda comunque anche già p. 181, ove l'Autore non nasconde «aporie» rispetto alla pretesa di estendere sempre il principio di af-

dettagli[249]. L'obiettivo di questa parentesi nell'itinerario dedicato all'imputazione colpevole differenziata è quello di far emergere problemi non certo nuovi ma ancora troppo spesso sottovalutati (come dimostrano le insoddisfacenti posizioni della giurisprudenza già considerate) e accennare alle metodologie che possano rappresentare plausibili veicoli di soluzioni equilibrate; mentre esulano dalle possibilità di questo lavoro analisi capillari come quelle che si trovano in monografie interamente dedicate al principio di affidamento oppure, volgendo lo sguardo a ciò che si dirà nelle pagine successive, al tema del contributo "assorbente" della vittima del reato.

Pare però possibile e anzi opportuno pervenire a un bilancio provvisorio sull'argomento che si è sviluppato in queste pagine. Che si scelga di utilizzare le nomenclature e la sistematica dell'imputazione oggettiva dell'evento oppure che si preferisca cercare di filtrare i medesimi problemi nell'ambito dei nessi normativi della misura oggettiva della colpa, l'ideale della responsabilità per fatto proprio, ancorché già precisato secondo il concetto di «competenza», sembra richiedere comunque l'ausilio di sottocriteri selettivi più precisi e che forse non possono essere irrigiditi in regole di dettaglio di validità assoluta, a ulteriore dimostrazione dell'insufficienza delle metodologie monistiche delle impostazioni causali più o meno quantitativamente temperate.

In questa trattazione, come è già emerso in diversi passaggi, si è preferito rimanere aderenti a una sistematica volta a valorizzare la c.d. doppia misura della colpa, ricercando all'interno del livello selettivo della tipicità colposa soluzioni a problemi che i sostenitori dell'imputazione oggettiva dell'evento trattano, come detto, in termini autonomi e con ambizioni di validità più generale. Persino da parte di chi ha fondamentalmente aderito all'*objektive Zu-*

---

fidamento in termini eccentrici rispetto alla sua funzione più tipica, cioè quella «di orientamento *ex ante* dei consociati».

[249] Che non sia una "fuga" dall'analisi per carenza di argomenti si auspica di poterlo dimostrare rinviando alla più articolata riflessione già sviluppata in M.L. Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento*, cit., ove, ad esempio, nelle p. 1253 ss., la problematica dei rapporti tra principio di affidamento e grado della colpa (in questo caso del *Vertrauende*, cioè del soggetto che al principio in questione si richiami) è affrontata proponendo, per l'ambito sanitario, particolari letture "personalizzanti" degli artt. 2236 c.c. e 590-*sexies* c.p.

rechnungslehre, si è autorevolmente riconosciuto che l'analisi della realizzazione del rischio nell'evento, che – sia consentito aggiungere – terminologicamente esprime forse meglio l'esigenza di una valutazione teleologica (anche) *ex post*, è comunque «sostanzialmente coincidente con il criterio del c.d. scopo di diligenza della norma violata, di antica tradizione nella delimitazione della imputazione colposa»[250]. Continuare a muoversi dentro categorie più collaudate nel nostro sistema sembra allora un'opzione non del tutto incompatibile con un contemporaneo riconoscimento di una certa funzionalità dei parametri essenziali dell'imputazione oggettiva dell'evento rispetto all'obiettivo della selezione del fatto proprio penalmente rilevante[251]. Nell'ottica dei sostenitori dell'imputazione oggettiva dell'evento, come è noto, ciò non sarebbe del tutto ortodosso e comporterebbe delle forzature delle reali potenzialità della colpa, così come non consentirebbe di giustificare adeguatamente talune esclusioni della responsabilità dolosa[252]. È operazione tutt'altro che banale quella di bloccare al punto giusto l'"effetto fisarmonica" che ha storicamente riguardato soprattutto la struttura della colpa[253].

---

[250] M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 407.

[251] Si veda anche A. Castaldo, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento*, cit., in particolare p. 317, nel senso che, per i reati aggravati dall'evento, «è sicuramente inutile l'intento dottrinario di delimitazione della responsabilità tramite l'*objektive Zurechnung al di fuori* della sistematica della colpa, ma è molto più semplice inglobarla al suo interno».

[252] Per una sintesi di tali ragioni, M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 23 ss. Per una posizione particolare, né adesiva all'imputazione oggettiva dell'evento né volta ad accreditare appieno la massima marinucciana «non c'è dolo senza colpa», in ogni caso non negando che pure nell'ambito dell'imputazione dolosa non sia sufficiente il mero atteggiamento interiore "malevolo", S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 105 ss. Per un recente confronto tra posizioni emerse nella dottrina tedesca e in quella italiana, M. Maiwald, *Non c'è dolo senza colpa. La teoria dell'imputazione oggettiva nella dottrina italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1 ss., in cui speciale attenzione è dedicata alla critica di Marinucci, considerata dall'Autore ampiamente condivisibile e, nei suoi lineamenti principali, da sempre non priva di autorevoli sostenitori anche in Germania, dove pure il recepimento dell'*objektive Zurechnungslehre* viene considerato ancora oggi «dominante» (pp. 4 e 19).

[253] Nel senso che talune interpretazioni della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento avrebbero determinato di fatto uno svuotamento dei contenuti dell'illecito colposo o comunque un appannamento di alcune questioni da valorizzare nella dogmatica della colpa, si veda D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit. p. 152 ss.

Nell'ennesima resa dei conti tra "oggettivo" e "soggettivo", sembra comunque possibile tener fermi alcuni punti.

In primo luogo, se si accetta che la colpa sia doppiamente collocabile sul piano sistematico, non si vede perché nella sua dimensione di tipicità non possa essere sviluppata una concezione del criterio della concretizzazione del rischio nell'evento pienamente conforme al principio costituzionale di responsabilità per fatto proprio: pare esattamente – o quantomeno la *ratio* sembra la medesima – ciò che si è prospettato nelle primissime righe di questa parentesi sulla personalizzazione dell'imputazione colpevole differenziata, cioè una più decisa rilettura degli istituti classici in una sorta di percorso di "ritorno" (ma dal significato culturale "progressista"), dopo la spinta che dal 1988 ha condotto a vedere la personalità come comprensiva o comunque richiedente anche la colpevolezza. Ora, affermato (ancorché parzialmente) il principio del *nullum crimen sine culpa*, l'opera può essere "completata" rifinendo quella *culpa* in termini più personali, non lasciandola soffocare sotto il peso della pretesa di esaustività del binomio prevedibilità-evitabilità dell'evento, di per sé troppo succube del dogma causale e che, in ogni caso, della colpa, anzi della sua dimensione di tipicità, rappresenta solo una componente, come più volte detto nel corso di questa trattazione. La vera difficoltà, che, a ben vedere, incontrano storicamente anche le teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, è semmai riuscire a fornire linfa alle istanze personalistiche tramite criteri specifici, senza dare l'impressione che l'implementazione di un ideale di per sé condivisibile sia rimesso al puro intuizionismo, cioè, in definitiva, all'arbitrio[254].

[254] Quanto alle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento è invero più che altro ricorrente la critica per cui già il pluralismo "argomentativo" interno a ciascuna di esse rappresenti un limite sul piano identitario. In questo senso, nella nostra letteratura, ad esempio, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., p. 346: «la categoria si atteggia a *vuoto contenitore* di soluzioni studiate *ad hoc* per casi concreti e, priva di una sua specifica identità dogmatica, si appiattisce sugli istituti che invece da tempo ne possiedono una, assumendone camaleonticamente la fisionomia, al fine di apprestare risposte ad ogni problema che di volta in volta impieghi l'attenzione (o la fantasia) dell'interprete». Tra gli altri, si veda anche L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., pp. 413 e 414, dove si rileva che l'ambiguità di fondo ravvisabile nell'assetto teorico dell'imputazione oggettiva dell'evento sia quello di «non avere mai chiarito – anche a cagione della propria duplice origine,

Da quanto considerato nei periodi immediatamente precedenti discende evidentemente la non condivisibilità della seguente affermazione, la cui nettezza rimane non accoglibile nonostante le precisazioni che chi l'ha autorevolmente proposta ha fornito: «Posso avere mille colpe, ma mi si può ascrivere solo il fatto a me proprio»[255]. Così argomentando, lo sviluppo di quel progetto di rilettura di istituti penalistici basilari in chiave maggiormente "personale" – opportunamente auspicato dallo stesso Autore a cui si fa ora riferimento – è accompagnato da un messaggio che suona contraddittorio. A ben vedere, si segnerebbe un passo indietro e non in avanti se una valorizzazione delle questioni di fatto proprio tutta schiacciata sull'imputazione oggettiva dell'evento potesse consentire davvero di parlare oggi di colpa come di un'entità normativa impermeabile rispetto a istanze personalistiche.

Queste le precisazioni a cui si faceva menzione appena sopra: «esistono regole cautelari che si adattano a diverse figure di agenti o di soggetti competenti o garanti nell'impresa e quindi questa pretesa già la differenzio; e se esigo da un soggetto ciò che posso esigere solo da un altro gli imputo *il fatto altrui*, che non è più fatto proprio: potrei dire che non c'è colpa, ma in realtà di tutta la categoria della colpa non è in gioco qui un profilo squisitamente soggettivo-individualizzato-personalizzato, ma già la delimitazione della competenza e quindi del dovere, vale a dire della regola di condotta per certe "categorie di soggetti"»[256]. Le distanze si riducono, come si capisce, ma non si vede perché lasciare il dubbio – anche solo per un istante

---

politico-criminale da un lato, normativa in senso proprio dall'altro – se i rischi assunti come tipici sulla base delle criteriologie da esso offerte costituiscano *la base* dell'imputazione (conformemente alla prima collocazione sistematica dell'*objektive Zurechnung*, nel ruolo di paradigma di ascrizione dell'evento quale correttivo del "normale" criterio causale), ovvero *l'oggetto* stesso dell'imputazione (si ascrivono rischi, qualora assumano determinate caratteristiche, e la pena ne costituisce la conseguenza)». Di recente, per una rassegna di critiche analoghe da parte della dottrina tedesca, M. Maiwald, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., soprattutto pp. 2 e 3; in senso critico, si veda anche U. Kindhäuser, *Imputazione oggettiva e soggettiva nel delitto doloso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 59 ss.

[255] Così M. Donini, *La personalità della responsabilità penale*, cit., p. 1616, ove iniziano anche alcune delle precisazioni a cui nel testo si è fatto riferimento.

[256] Per l'esattezza, quelle ora citate sono (forse migliori) precisazioni "differite": M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., pp. 12 e 13.

– che un accoglimento dell'imputazione oggettiva dell'evento possa legittimare persino un sostanziale svuotamento, per buona parte, della struttura della colpa, riducendola a pura colpevolezza. Di quest'ultima vi è senz'altro di per sé bisogno, ma non è tutto. Non sarebbe allora soltanto un problema di collocazione sistematica, in quanto della colpa stessa verrebbe oscurato un piano logico di certo importante e orientativo come quello della violazione della regola cautelare. Quest'ultima, se amputata del suo scopo e quindi di quel parametro in grado di illuminare una valutazione di congruenza con l'evento, perderebbe identità e rischierebbe di trasformarsi in cieca "contravvenzione", indebolendo così anche la propria ambizione preventiva tramite un orientamento realmente consapevole dell'agire dei consociati[257].

Nell'inquadramento finora proposto da chi scrive, la dimensione di tipicità della colpa si presta a essere modellata recependo questioni di fatto proprio tanto in una prospettiva *ex ante* quanto in una prospettiva *ex post*, che vanno tra loro messe in comunicazione e non radicalmente isolate[258]. In questa direzione guida una coerente valorizzazione del concetto di «competenza», inteso peraltro in termini anche più "laici" rispetto a quelli suggeriti da una lettura puramente funzionalista. Ci sono infatti dei rischi veicolati da alcune condotte intrinsecamente illecite, come il serio ferimento altrui in una dinamica di barbara violenza – pertinente è allora il richiamo alla mente del contesto preterintenzionale – che sembrano incommensurabili rispetto a doveri diversi dal generico *neminem laedere*.

---

[257] Si tratta forse solo di un'ambiguità terminologica – ma ciò non può suggerire indifferenza – dato che lo stesso Autore, nel suo consueto argomentare con speciale profondità di analisi, non sembra davvero proporre uno svuotamento strutturale della dimensione di tipicità della colpa, nonostante l'adesione convinta all'approccio dell'imputazione oggettiva dell'evento.

[258] In termini ancora non coincidenti, un altro passaggio di M. Donini, *La personalità della responsabilità penale*, cit., p. 1582: «la colpa, il dolo e la colpevolezza, le autorizzazioni delle attività, devono esistere al tempo della condotta, non aumentano o cambiano *in seguito*». Questa affermazione può essere accolta solo nella misura in cui vi si possa leggere attenzione all'esigenza di una non retroattività sfavorevole dei criteri di imputazione colpevole, ma non è evidentemente questo il senso privilegiato dall'Autore, il quale tende piuttosto a marcare più del necessario la separazione tra i punti di vista *ex ante* (associato al *nullum crimen sine culpa*, ma anche al «rischio lecito») ed *ex post* (associato al fatto proprio).

In tali ipotesi, la causalità materiale riconducibile al soggetto agente non è affatto di per sé indifferente – mentre in altri casi può esserlo – ma ciò deve comunque confrontarsi con una valutazione *ex post*, effettivamente indispensabile e che, alla luce di come si è verificato l'evento, declini il concetto di «competenza» in termini di proporzione e di non eccentricità dell'evento stesso rispetto al rischio iniziale. In questo senso, si può pervenire a riscontrare che il rischio, pur rilevante *ex ante*, si sia "snaturato" nel percorso verso la verificazione dell'evento, fuoriuscendo "in corsa" dalla «competenza» del soggetto che lo ha attivato[259]. Ciò però è evidentemente possibile solo se già *ex ante* risulti chiaro quali decorsi causali potranno essere rilevanti e quali no: di qui la fallacia (o non più che la mera convenzionalità) di una netta separazione delle due prospettive, soprattutto se tesa a ricondurre quasi esclusivamente a quella *ex post* questioni di fatto proprio.

La constatazione che questioni "assorbenti" e in grado di attrarre a sé la "spiegazione" normativa dell'evento possano talvolta anche non avere ripercussioni radicali sulle concrete modalità operative della regola cautelare da rispettare *ex ante* non va sopravvalutato, essendo ciò solo una eventualità e non un aspetto indefettibile. Ad esempio, è vero che il dovere cautelare di non percuotere con intensità il capo di una persona può di fatto non cambiare nella sua dimensione modale a seconda che si introduca nella sfera di «competenza» dell'agente solo il rischio di "fisiologica" morte strettamente collegata al trauma cranico provocato oppure anche il rischio di morte per errore "assorbente" dei medici, limitandosi ora alla situazione più direttamente analizzata. Ma in altri casi così può non essere e cioè questioni di fatto proprio, di «competenza», possono risultare decisive già *ex ante*, connotando "geneticamente" il perimetro della regola cautelare, come il riferimento al principio di affidamento ha già dimostrato e come si sta ulteriormente per vedere con riferimento ad alcune ipotesi di comportamento della vittima; casistica, quest'ultima, che merita adesso di essere presa finalmente in considerazione più da vicino.

---

[259] Nella manualistica, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 370 ss.

Si aggiunge solo, per ora, che questa operazione di personalizzazione della misura oggettiva della colpa non implica alcun automatico impoverimento della dimensione più squisitamente di colpevolezza del reato colposo. Anzi, ancorché seguendo un percorso diverso, va proprio nella stessa direzione di rendere più individualizzato e non ciecamente oggettivo il rimprovero. Del resto, anche l'espressione scelta per rappresentare il significato complessivo dell'indagine a cui questa trattazione è dedicata, cioè «imputazione colpevole differenziata», affianca subito due parole che esprimono, in una prospettiva integrata, l'esigenza di entrambi i punti di vista, quello dell'imputazione e quello della colpevolezza.

4.1.4. *Imputazione colposa dell'evento e contributo della vittima*

Il ragionamento sviluppato nelle pagine precedenti, in cui ampio spazio è stato dedicato alla ricostruzione delle basi teoriche entro cui ricercare soluzioni adeguate alla casistica della verificazione di eventi non voluti ed eccentrici rispetto al rischio attribuibile al soggetto autore di un illecito penale doloso – ma, come visto, il problema ha portata più generale – consente di affrontare le ipotesi caratterizzate dal contributo decisivo della vittima in termini più diretti.

L'idea di «competenza» per il rischio sfociato nell'evento, già valorizzata con riferimento alle condotte sopravvenute dei sanitari, può senz'altro ora essere riproposta, ma la scelta di una trattazione autonoma dell'argomento, ancorché nei limitati spazi che in questa sede le possono essere dedicati, trova subito conferma constatando come riferimenti alla figura della vittima implichino il coinvolgimento di questioni relative all'identità e alle funzioni di fondo dello stesso diritto penale.

Se è vero che il nostro sistema positivo, per certi versi, reca ancora in modo evidente l'impronta statocentrica della parentesi storica in cui il codice Rocco fu concepito, dimostrata, tra l'altro, dalla progressione «discendente» dei beni giuridici a cui nella parte speciale è accordata tutela, è altrettanto innegabile che gli ideali di base delle democrazie liberali contemporanee si pongano sempre più

in aperto contrasto con visioni pan-pubblicistiche del potere punitivo. La centralità dell'individuo nel sistema penale, immanente già nell'ormai classica idea lisztiana della materia come *Magna Charta* del reo, ispira da tempo battaglie culturali quotidianamente rinnovate su fronti come la legalità e la colpevolezza, ma da diversi decenni ormai ha iniziato a trovare declinazione anche in termini diversi, consistenti nel dedicare particolare attenzione alla vittima del reato[260]. È alla metà del secolo scorso (dopo un non sorprendente interesse già da parte della «Scuola positiva») che si fa solitamente risalire l'affermarsi della vittimologia, quale espressione di una concezione non unilaterale del reato, ma dinamicamente animata da quella che in uno studio pionieristico del criminologo tedesco Hans von Hentig è stata definita la «coppia penale»[261]. Poco dopo, la riflessione vittimologica ha cercato di essere razionalizzata anche sul piano della dogmatica penalistica, misurandosi con i principi e gli istituti vigenti nei sistemi positivi in cui l'operazione è stata sviluppata[262].

---

[260] Per un'autorevole ripresa della diffusa lettura per la quale, in precedenza, solo in una versione arcaica e privatistica del diritto penale la vittima aveva avuto un ruolo davvero centrale, poi affievolitosi negli Stati moderni, W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 233, il quale aggiunge che «senza la neutralizzazione della vittima non avremmo alcun diritto penale moderno» e «nemmeno lo stato moderno», detentore del monopolio della violenza nell'amministrazione della giustizia penale. Per ulteriori cenni a questa parabola macrostorica e alle peculiarità rispetto al passato del più recente affermarsi di un ruolo di rilievo per la vittima, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., p. 4 ss. (in particolare p. 6), ove ampi riferimenti al saggio di A. Garapon, D. Salas, *La Repubblica penale*, Macerata, Liberilibri, 1997, di cui si veda specialmente p. 14.

[261] H. von Hentig, *The Criminal and his Victim. Studies in Sociobiology of Crime*, New Haven, Yale University Press, 1948, *passim*, su cui, ampiamente, M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015, p. 15 ss., opera, quest'ultima, che merita un rinvio anche più generale – per i riferimenti alla «Scuola positiva», ad esempio, pp. 10 ss. e 136 ss. – perché rappresenta una (ancora piuttosto) aggiornata messa a fuoco delle numerose problematiche che vengono in rilievo con riferimento alla figura della vittima nella dimensione del diritto penale; di molte di esse qui non è certo possibile dare conto.

[262] Tra i primi punti di riferimento, nella dottrina tedesca, B. Schünemann, *Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrecht*, in Arth. Kaufmann, G. Bemmann, D. Krauss, K. Volk (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1979, p. 117 ss.; nella dottrina italiana, V. del Tufo, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, Jovene, 1990; nella dottrina spagnola, si vedano, in particolare, J.M. Silva Sánchez, *Considerazioni vittimologiche nella teoria*

Per ciò che qui più interessa, occorre verificare se lo sviluppo di una dogmatica del reato attenta al ruolo della vittima abbia fornito indicazioni decisive per soddisfare quell'esigenza di responsabilità penale per fatto proprio in capo al soggetto che, insieme alla vittima stessa, in misura più o meno ampia, contribuisca alla verificazione dell'evento conforme alla fattispecie incriminatrice. Al riguardo, va subito detto che, almeno entro i confini nazionali, dove pure si sono registrati alcuni rilevanti sforzi dottrinali nel senso di valorizzare l'autodeterminazione della vittima[263], stenta ad affermarsi un prin-

---

del reato? Introduzione al dibattito sulla vittimodogmatica, in *Arch. Pen.*, 1988, p. 663 ss.; M. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, Bosch, 1998; J. Tamarit Sumalla, *La víctima en el derecho penal. De la víctimo-dogmática a una dogmática de la víctima*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 1998. Quanto al piano della politica criminale, è ormai diffusa l'opinione per cui, non di rado, l'iperrepressione o comunque l'incriminazione di determinati comportamenti siano solo dichiaratamente ispirate dall'esigenza di apprestare tutela alla vittima: in questo senso, in particolare, A. Manna, *La vittima del reato: «*à la recherche*» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., p. 964; L. Cornacchia, *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, Aracne, 2012, p. 17 s. Nell'ordinamento statunitense, M. Vitiello, *The Victims' Rights Movement: Skewing Criminal Justice Away from First Principles*, in corso di pubblicazione.

[263] Tra le tesi più recenti che hanno valorizzato di più l'auto-responsabilità della vittima, vi è senz'altro quella di G. Civello, *Il principio del* sibi imputet *nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2017, in particolare pp. 91 ss. e 277 ss. Per l'Autore, la prova di un riconoscimento normativo nel nostro ordinamento di tale principio si potrebbe ravvisare nell'eccezionalità della responsabilità omissiva impropria secondo il dettato dell'art. 40, comma 2, c.p. Ciò starebbe appunto a indicare che, di regola, ogni soggetto è tutore e "garante" di sé stesso (p. 211 ss.). In precedenza, sempre a livello monografico, particolare attenzione al ruolo della vittima, nel senso di valorizzarne la libertà di autodeterminazione ai fini dell'esclusione di responsabilità penale del terzo, si trova in O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit.; più di recente, Ead., *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Leg. pen.*, 13 maggio 2019; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bononia University Press, 2008, già nella parte introduttiva: p. 19 ss.; L. Cornacchia, *La vittima nel diritto penale contemporaneo*, cit., in particolare p. 51 ss.; M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale*, cit., p. 207 ss. e, in particolare, p. 261 ss. Per una declinazione settoriale di questo genere di sensibilità, da ultimo, G. Marino, *Il contributo* contra se *della vittima, con particolare riferimento all'investimento del pedone imprudente*, in *Leg. pen.*, 17 gennaio 2020, in particolare p. 21 ss.

cipio di auto-responsabilità della vittima stessa di validità generale e che possa pacificamente garantire esiti assolutori (o comunque di non imputazione dell'evento) in favore del terzo che contribuisca all'offesa di beni giuridici rispetto ai quali il titolare mostri, con liberi comportamenti, superficialità, disinteresse o desideri la (materiale) lesione.

Come è ben noto, il quadro normativo italiano presenta talune venature paternalistiche, visibili soprattutto nelle disposizioni volte a proteggere la vita di una persona anche contro la sua libera volontà: in questo senso si pongono la fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e quella di istigazione e aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), negli ultimi tempi fatte oggetto di speciali attenzioni, anche mediatiche, e accomunate – è il dato qui più interessante – dall'aver registrato, in casi particolarmente drammatici, importanti segnali di "arretramento" in favore di spazi di liceità penale in passato meno scontati[264]. Anche rispetto ad altri riferimenti normativi in grado di fungere da "termometro" del livello di paternalismo del nostro ordinamento, come il combinato disposto tra l'art. 50 c.p. (nella parte in cui prevede il «consenso dell'avente diritto») e l'art. 5 c.c. (che assoggetta a limiti la libertà di «disposizione del proprio corpo»), nonché l'art. 62, n. 5, c.p. (attenuante per la concorrenza del «fatto doloso della persona offesa»), non sono mancate letture volte a valorizzare la libertà di autodeterminazione del titolare del bene giuridico leso, ma si è trattato di riflessioni privilegiate più che altro dalla dottrina[265].

Se si guarda da vicino la giurisprudenza sulla responsabilità preterintenzionale o colposa – anche qui vale la notazione sulla portata piuttosto generale delle problematiche in rilievo – si coglie immedia-

---

[264] Il punto di approdo di questo percorso si può individuare nella nota pronuncia della Corte costituzionale (sent. 24 settembre 2019, n. 242) sulla vicenda di Fabiano Antoniani (Dj Fabo); pronuncia nella quale è stato dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 580 c.p. La dottrina in argomento è copiosa. Per un commento della sentenza e anche per gli opportuni riferimenti al dibattito suscitato, S. Canestrari, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 2159 ss.

[265] Si veda, ad esempio, S. Tordini Cagli, *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1148 ss.

tamente la frequenza della svalutazione di questioni di fatto proprio in coincidenza di comportamenti "irresponsabili" – le virgolette sono qui più che opportune – della vittima[266]. Tra i casi più significativi, si possono considerare: quelli connotati da trascuratezza della vittima rispetto alle esigenze di cura di una lesione etero-generata; quelli relativi all'assunzione particolarmente pericolosa di sostanze stupefacenti; quelli in cui la vittima muore involontariamente nel tentativo di sottrarsi al fatto del terzo e quelli in cui il decesso è il risultato di un gesto suicidario posto in essere a fini "liberatori" dal fatto del terzo o dai suoi effetti.

Affrontare le ipotesi appena elencate, come si vedrà, non significa dedicarsi a questioni soprattutto "di parte speciale" qui indebitamente anticipate oppure eccentriche rispetto agli intenti della trattazione complessiva. Si vuole infatti dimostrare – e in parte si crede di averlo già fatto finora – che problematiche del genere possono spesso incidere sul meccanismo di formazione delle regole cautelari, secondo una logica che ha validità generale, come dimostra anche il fatto che si siano considerati in termini affiancati tanto inneschi dolosi – *rectius*: integranti una fattispecie dolosa – quanto colposi dei rischi di verificazione dell'evento dannoso. Si potrebbe allora nutrire il dubbio opposto e cioè che siano questioni talmente generali da non avere reale rappresentatività o attualità rispetto al tema dell'imputazione colpevole differenziata, pur interessandola. A ben vedere, se si parla di colpa e non di imputazione oggettiva dell'evento, si può constatare come l'idea di «competenza» sia stata finora declinata (più che altro in termini impliciti) principalmente nei conte-

[266] È pienamente condivisibile il punto di vista di D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, p. 527, che ritiene ben possibile individuare «un'esclusiva *area di auto-competenza sui fattori di rischio conseguenti alle proprie libere e consapevoli decisioni*: con la conseguenza che, ove ne scaturissero conseguenze offensive, la persona danneggiatasi non potrebbe che addebitare a sé stesso quanto ha subìto. È la logica, di solare evidenza, dell'*imputet sibi*. Una logica elementare, che nondimeno la IV Sezione della Cassazione tende spesso a ignorare, sfruttando l'agevole manipolabilità del giudizio di colpa tradizionalmente incardinato sulla prevedibilità per individuare comunque un garante esterno ritenuto colpevole di non aver salvaguardato la vittima da sé stessa». Proprio la pretesa di sufficienza del criterio della prevedibilità dell'evento mediato dalla condotta altrui è già stato e continuerà a essere criticato nel testo.

sti non criminosi, dove è sicuramente più agevole pensare ad agenti modello e a corredi di obblighi comportamentali riconducibili a determinate posizioni professionali o attività. Ancorché non del tutto innovativo nella sua *ratio* (soprattutto se si volge lo sguardo alla tradizione giuridica tedesca e spagnola degli ultimi decenni del secolo scorso), perseguita storicamente nel quadro dell'imputazione oggettiva dell'evento oppure, al di fuori di esso, ricorrendo per lo più allo scopo della regola cautelare violata, sembra comunque di particolare attualità il tentativo di garantire pienamente il rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio anche *in re illicita*, dove la prevedibilità dell'evento prima non era richiesta e ora è ancora troppo spesso estromessa dalla cornice normativa della regola cautelare, rischiando pertanto di trasformarsi in un criterio poco soddisfacente, in grado, tra l'altro, di veicolare acriticamente discutibili forme di paternalismo. L'obiettivo è dunque principalmente quello di richiamare l'attenzione sulle istanze di fatto proprio anche quando la responsabilità colposa si associ a fatti di per sé penalmente rilevanti, la cui dolosità rischia di accentuare le tentazioni "ascrittive" del *versari in re illicita*. È quindi possibile divergere sulle soluzioni di dettaglio della casistica paradigmatica, ma è indispensabile sottoporle costantemente al vaglio dei principi fondamentali. Si veda ora in quali termini specifici si suggerisce di farlo.

Quando la persona lesa dolosamente (o colposamente) muore "in seguito" – l'espressione piuttosto generica è ora voluta – a un comportamento della stessa che appaia connotato da trascuratezza, si tratta di procedere a diversi accertamenti.

Oltre al legame di causalità materiale, il cui accertamento ha una più accentuata autonomia nelle ipotesi commissive (come quasi tutte quelle preterintenzionali), va appurato, come di consueto, se la produzione del risultato sia avvenuta violando una regola cautelare volta a prevenire la prevedibile verificazione di un evento omogeneo rispetto a quello concretamente verificatosi. Tale accertamento, affinché sia prontamente impostato nella maniera più corretta, impone di guardare non solo al tipo di risultato in termini – per così dire – statici, ma anche alla dinamica che lo ha prodotto. È ormai un dato acquisito nella teoria della responsabilità colposa d'evento, ma il discorso si complica rispetto al solito quando si riscontra che, in con-

creto, la persona offesa ha trascurato le proprie condizioni, ad esempio ritardando l'accesso al pronto soccorso oppure rifiutando le cure prescritte dai sanitari, eventualmente accompagnando a ciò comportamenti sconsiderati. Le domande ineludibili, collegate tra loro, sono le seguenti: l'agente deve farsi carico anche di queste eventualità nella misura in cui possano incidere sulla verificazione dell'evento? Dipende forse tutto dalla prevedibilità concreta di tali atteggiamenti della vittima? Sono di fatto gli stessi quesiti che si riproporranno anche rispetto agli altri filoni casistici, ma è bene procedere separatamente alla ricerca di risposte, perché i fattori in gioco non sono sempre esattamente i medesimi.

Tra i casi più insidiosi vi sono senz'altro quelli in cui un rischio mortale di per sé minimo sfoci nell'evento per la concorrente inerzia della persona offesa. La tentazione potrebbe essere quella di avviarsi rapidamente a concludere nel senso di una effettiva concretizzazione del rischio nell'evento, ma la soluzione, a ben vedere, non sembra poter essere così netta.

Si è già visto, con riferimento agli errori dei sanitari, che un appannamento della sfera di competenza di tali professionisti potrebbe consentire discutibili condanne basate su un riscontro più apparente che effettivo di congruenza tra rischio ed evento. In tali casi, si è fatto riferimento al principio di affidamento quale criterio in grado quantomeno di svelare il peso specifico, sul piano normativo, delle condotte di chi, istituzionalmente, sia chiamato a fronteggiare rischi per la persona. A differenza di quanto considerato nelle ipotesi di errori dei sanitari, sembrano ora più limitate le possibilità di impiego proficuo di tale principio. Non che sia sempre fuori luogo con riferimento alla condotta della vittima, perché il nostro ordinamento conosce anche forme di paternalismo che si spingono a configurare obblighi di natura cautelare autoprotettiva presidiati persino da sanzione penale per la loro violazione. Così è, notoriamente, nell'ambito lavorativo, rispetto al quale, come già accennato nel corso di questa trattazione, la dottrina ha più volte rimproverato alla giurisprudenza la sistematica esclusione del *Vertrauensgrundsatz*. Nel ragionamento giurisprudenziale più diffuso, l'aspettativa istituzionale di appropriatezza comportamentale del lavoratore di oggi, che la legge concepisce "informato" e "formato", sarebbe in qualche modo com-

pensata, per non dire annullata, da una posizione di garanzia del datore di lavoro ricostruita in termini di speciale profondità. Di talché, in modo discutibile, danni risultanti da un'autoesposizione al pericolo della vittima vengono raramente considerati assorbenti rispetto agli obblighi preventivi del datore di lavoro, che tale eventualità dovrebbero contemplare e fronteggiare.

Ciò che rileva è che, nella casistica a cui ci si riferisce invece ora, entrambi i profili in contrapposizione sembrano fare difetto: non c'è normalmente una posizione di garanzia in capo al soggetto che rappresenta la fonte del rischio, ma è al contempo anche più difficile riscontrare spazi applicativi per il principio di affidamento, perché, a rigore, si dovrebbe ipotizzare – ed è evidente la maggior problematicità dell'operazione – la presenza di una sorta di obbligo autoprotettivo – *rectius*: autocurativo – su cui fare perno per individuare un'aspettativa giuridicamente rilevante in capo ad altri[267].

In questi casi, allora, la mancanza di un'alterazione del decorso causale naturalistico da parte della vittima, che si limita a non far niente (o comunque niente di realmente opportuno) per fronteggiarlo, potrebbe rappresentare un suggestivo elemento per concludere nel senso della concretizzazione del rischio nell'evento, ma, come già detto con riferimento alla condotta colposamente omissiva dei sanitari, è dietro l'angolo un errore di prospettiva che consiste nell'appiattire il giudizio di colpa sull'accertamento della causalità materiale.

Si potrebbe proporre di semplificare la soluzione, chiudendo il discorso ragionando sull'*id quod plerumque accidit*, cioè rilevan-

[267] Sul punto, si veda O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., p. 474, la quale richiama comunque «la massima per cui nessuno agisce *contra se*», alludendo a una aspettativa quantomeno di fatto, una specie di massima di esperienza non certo priva di "buon senso" e che il diritto non potrebbe del tutto ignorare. Già alcune righe prima: «è dato immaginare situazioni in cui, in base ad astratti criteri di valutazione sociale, sarebbe ragionevole confidare nella condotta autoresponsabile della vittima». Prendendo posizione in favore dell'inquadramento della problematica nella dimensione di tipicità della colpa, l'Autrice computa (penalmente) a carico dell'agente eventuali allontanamenti della vittima da tale tipo di aspettativa solo (a parte il caso della titolarità di una speciale posizione di garanzia) nella misura in cui all'agente si rendano concretamente prevedibili (pp. 473-474).

Nella dottrina tedesca, in argomento, T. Hörnle, *Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, p. 626 ss.

do che il fattore di rischio innescato, pur *ex ante* percepibile anche quanto alla sua intrinseca (ancorché minima) potenzialità mortale, in concreto non sembrava ragionevolmente potersi sviluppare nell'evento, perché la condotta della vittima *contra se* rappresenterebbe un'ipotesi assai rara. Tale impostazione coglierebbe però solo in parte l'essenza del problema, perché poco aggiungerebbe al criterio della prevedibilità e funzionerebbe forse esclusivamente nei casi più "facili", in quanto appare comunque fondata su massime di esperienza non sempre agevolmente controllabili, come del resto dimostra l'argomentare regolarmente in direzione opposta della giurisprudenza, per la quale l'agire incauto della persona offesa non è quasi mai reputato eccezionale.

Il riferimento a una vicenda realmente giudicata sembra aiutare la concretizzazione del discorso.

Nel 2018, la Corte di legittimità[268] ha confermato la condanna di una donna per violenza sessuale e omicidio preterintenzionale, «per aver costretto il marito […], in condizioni di grave alterazione per abuso di sostanze alcoliche, a subire atti sessuali violenti (consistiti nello strizzamento violento dei genitali e nella penetrazione anale mediante un porta-rotoli da cucina in marmo), provocandogli lesioni dalle quali derivava la sua morte». Dalla lettura della sentenza della Cassazione si capisce come il comportamento della donna fosse animato da «"intenti ritorsivi sul marito, per la rabbia conseguita alla delusione e umiliazione di aver scoperto che l'uomo preferiva una prostituta a lei", altresì ubriacandosi e sperperando soldi in tal modo». Si è accertato inoltre come la condotta posta in essere fosse «l'epilogo di un litigio o, meglio, di un rimprovero livoroso» rivolto al marito, «il quale, ubriaco ed incapace di autodeterminarsi» ha subito la «violenza estrema senza rendersi conto effettivamente di quanto ella gli stesse facendo e senza la possibilità effettiva di opporsi».

Per ciò che qui interessa, occorre considerare che il soggetto si convinse a sottoporsi con diverse ore di ritardo alle cure mediche, nonostante – pare – la moglie lo avesse sollecitato a decidersi in tal senso più rapidamente. Non è chiaro se le esitazioni della vittima si-

[268] Cass. pen., Sez. V, 1° febbraio 2018, n. 18048, cit.

ano state condizionate dalle sue condizioni di ubriachezza oppure se tale stato transitorio fu presente non molto oltre il momento della condotta lesiva. La difesa, in ogni caso, aveva cercato di sostenere la decisività del ritardo, rilevando cioè – si cita di seguito la parafrasi contenuta in sentenza – che la morte «avrebbe avuto buone probabilità di essere evitata con interventi chirurgici tempestivi prima dell'insorgere di complicanze funzionali». Il problema è però stato superato replicando così: «i giudici d'appello, con motivazione convincente, chiariscono che dalle risultanze mediche risulta come lo sfondamento del retto della vittima fosse risultato di entità talmente grave da determinare in ogni caso la sua morte, anche se fossero stati praticati interventi chirurgici tempestivi, dato l'insorgere di complicanze funzionali irreversibili».

La Corte ha dunque gioco facile nel liberarsi della questione, giudicandola in ogni caso ininfluente nel caso concreto, ma non manca di esplicitare la logica con cui l'avrebbe altrimenti affrontata: «Costituisce, poi, opzione condivisibile quella secondo cui, nell'omicidio preterintenzionale, l'omesso rispetto da parte della vittima delle cure e delle terapie prescritte dai sanitari non elide il nesso di causalità tra la condotta di percosse o di lesioni personali posta in essere dall'agente e l'evento morte, non integrando detta omissione un fatto imprevedibile od uno sviluppo assolutamente atipico della serie causale»[269].

Ancora una volta, peraltro dopo aver aderito al solito "equilibristico" e incostituzionale orientamento per cui «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa […], ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni», la giurisprudenza intrappola questioni di fatto proprio all'interno di schemi causali di per sé non adeguati ai fini di un'appagante soluzione e ai quali, peraltro, solo dichiaratamente concede potenziale selettivo.

---

[269] Su questo punto della pronuncia, si veda M. Di Florio, *Gioco erotico culminato nella morte del coniuge*, cit., p. 488, che, in termini più che altro generali, persistendo comunque un dubbio riguardo alla vicenda concreta, afferma: «la "lettera" e la "logica" dell'art. 41, co. 2, c.p., porta ad escludere un nesso causale tra la condotta e l'evento sopravvenuto se quest'ultimo sia stato mediato da una *libera decisione altrui*», richiamando con adesione la particolare lettura codicistica di A. Vallini, *"Cause sopravvenute da sole sufficienti"*, cit., p. 46.

Riportando il discorso entro la dimensione che si crede possa consentire un inquadramento soddisfacente, se un fattore di rischio può tradursi nella verificazione dell'evento solo per effetto di una libera scelta del titolare del bene giuridico messo a repentaglio[270], il principio personalistico sembra legittimare la punizione o la maggior punizione del soggetto agente solo come ipotesi di eccezione, in particolare in presenza di una speciale posizione di garanzia[271] oppure tramite un esplicito bilanciamento degli interessi in gioco da parte del legislatore[272], fatte comunque salve valutazioni di costituzionalità della specifica disciplina.

A livello di costruzione della regola cautelare, ciò va messo in

---

[270] Resta comunque problematico pronunciarsi nei casi in cui una condotta più scrupolosa della persona offesa consentirebbe (ai sanitari) di neutralizzare il rischio di verificazione dell'evento in percentuale non prossima alla certezza.

[271] In merito, ampiamente, G. Civello, *Il principio del* sibi imputet, cit., in particolare p. 254 ss. Più in generale, in merito alle venature solidaristiche della teorica del reato omissivo improprio, per tutti, F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975, p. 69 ss.

[272] Nel settore stradale, il guidatore non sembra potersi considerare un garante in senso stretto con riferimento agli altri utenti con i quali potrebbe scontrarsi e che sono pertanto potenziali vittime, come lui del resto. Ognuno, per strada, è destinatario di regole di comportamento, compreso il pedone. Ciò potrebbe alimentare un riconoscimento del principio di affidamento, che, a ben vedere, nelle applicazioni giurisprudenziali risulta spesso negato o richiamato impropriamente quando la soluzione sarebbe giustificabile già sulla base di una radicale imprevedibilità dell'inosservanza altrui. Il punto, però, è che vi sono almeno delle disposizioni legali che rappresentano una riconoscibile presa di posizione nel senso di richiedere un tasso di precauzione piuttosto elevato e "giustificabile" quasi solo riconnettendovi l'esigenza di far fronte anche a possibili errori altrui. Si veda M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., in particolare p. 56, con riferimento all'art. 145 c.d.s., che disciplina sì il diritto di precedenza, ma, altrettanto e con «priorità» – evidenzia l'Autore – prescrive un obbligo di comportamento sostanzialmente antitetico, in particolare per i conducenti con diritto di precedenza: «I conducenti, approssimandosi ad una intersezione, devono usare la massima prudenza al fine di evitare incidenti» (comma 1). Da qui, si potrebbe anche trarre spunto per accogliere solo con alcune riserve l'idea, sviluppata soprattutto in ambito sanitario, che la positivizzazione delle regole di comportamento con valenza cautelare possa ben implementare, di conseguenza, le ragioni del principio di affidamento. Tale risultato, diretto o indiretto che sia, naturalmente non è affatto precluso (ed esistono alcuni esempi in tal senso), ma l'esperienza di alcuni settori, come appunto quello stradale, suggerisce cautela, come si è cercato di dimostrare più approfonditamente in altro lavoro, a cui sia consentito il rinvio, pure per gli opportuni riferimenti bibliografici (ma anche normativi e giurisprudenziali): M.L. Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento*, cit., in particolare p. 1249 ss.

relazione con l'assunto per cui *in re illicita* non sarebbe concepibile alcun rischio consentito. Tale assunto, al quale si è più volte fatto riferimento nell'analisi della preterintenzione, va ora precisato nel senso che non è consentito tollerare rischi nella misura in cui siano davvero rischi propri, nell'accezione normativa che si sta mettendo a fuoco. Mancando tale condizione, si dovrebbe quindi concludere che l'agente non ometterebbe una cautela subordinatamente doverosa, perché di quel rischio, cioè di quelle modalità di verificazione dell'evento al quale ha in qualche modo contribuito, non dovrebbe farsi carico sul piano preventivo. Il fatto, a quel punto, rientrerebbe in una sfera di libertà – in questo senso: «di competenza» – della persona offesa e sarebbe quindi esorbitante dalla propria[273]. Il che vale a dire che si trova aperto uno spazio (in realtà logicamente mai chiuso) di "libertà cautelare" – impregiudicata la responsabilità penale dolosa per il fatto di base; mentre nei contesti non intrinsecamente criminosi ciò segnerebbe effettivamente la differenza tra lecito e illecito – che la mera prevedibilità dell'evento frequentisticamente orientata andrebbe invece acriticamente, ma di fatto paternalisticamente, a precludere non di rado all'agente. Nessuna celebrazione di tale (del tutto relativa) "libertà" *in re illicita* – beninteso – ma solo una opportuna rifinitura della responsabilità penale in termini costituzionalmente accettabili.

Nei casi di comportamenti di tangibile trascuratezza della vittima che abbiano attivamente alterato un rischio non mortale trasformandolo in un fattore presupposto di morte, si è forse maggiormente predisposti a pervenire a una soluzione nel senso della non imputazione colposa dell'evento, perché la "sterzata" del rischio è più suggestiva quando percepibile *ictu oculi* anche sul piano naturalistico. Ma, ancora una volta, una corretta soluzione può dipendere solo in parte dal decorso causale reale e dalla sua concreta prevedibilità.

[273] Non c'è ovviamente alcuna libertà della vittima "assorbente" il rischio attivato dall'agente quando lo stesso rischio si sviluppi fino alla morte in luoghi isolati che rendano plausibile la difficoltà o la tardività dei soccorsi. In tali casi, una condotta aggressiva che in altre condizioni non avrebbe ragionevolmente potenzialità mortale può ben assumere una carica insidiosa prevedibilmente superiore e la regola cautelare ne deve tenere conto. In questo senso, ad esempio, S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 174.

Concretizzando anche qui il discorso, si pensi al caso, già considerato (nel corso dell'analisi della fisionomia della colpa nel contesto preterintenzionale), del soggetto raggiunto da colpi di mazza da baseball e di spranga di ferro in più parti del corpo, compreso il capo[274]. In tale vicenda, il soggetto aggredito riportò «lesioni personali consistenti in trauma cranico, trauma spalla, avambraccio e mano destra, avambraccio e gomito sinistro, con frattura del gomito, numerose ferite lacero-contuse», decedendo in ospedale, circa due settimane dopo l'aggressione.

Certamente, l'esercizio di violenza indirizzata alla testa di una persona con oggetti simili a quelli in concreto impiegati rappresenta un rischio mortale, peraltro di per sé ben riconoscibile. Il fatto, però, è che la vittima morì per effetto di un decorso causale non attuativo di tale specifico rischio. Il processo ha accertato che la vittima era tossicodipendente e si trovava in condizioni di salute non ottimali al momento dei fatti, ma ciò che più conta sembra essere che la stessa persona ferita tenne un atteggiamento fortemente indisciplinato, consistente, ad esempio, nel non assecondare le indicazioni terapeutiche dei medici, nel fumare e assumere cocaina. La causa della morte è stata messa in relazione più che altro con gli effetti di un intervento in anestesia totale resosi necessario per far fronte alle fratture al gomito; intervento che peggiorò le già precarie condizioni di salute, poi collassate per via del comportamento «sconsiderato» – così si esprime la Cassazione – della stessa vittima.

Anche qui, si potrebbe forse risolvere il caso argomentando sulla carenza di prevedibilità concreta, ma – si insiste – si tratterebbe di una visione parziale. Per comprenderlo meglio, si consenta di aggiungere un dettaglio alla descrizione del caso appena vagliato, peraltro non inverosimile, perché l'aggressione si sviluppò in un contesto di tensione tra vicini di casa. Si ipotizzi, cioè, che la conoscenza tra gli aggressori e la vittima rendesse percepibili (e magari effettivamente percepite) le condizioni precarie di salute di quest'ultima, ma anche la sua attitudine a manifestare atteggiamenti indisciplinati, approssimativamente corrispondenti a quelli descritti nella sentenza. Nella vicenda reale, entrambi i fattori giocarono un ruolo ri-

[274] Cass. pen., Sez. V, 2 luglio 2014, n. 35709, cit.

levante per lo sviluppo del decorso causale. Si potrebbe allora considerare la loro prevedibilità da parte degli agenti decisiva per stabilire l'imputazione colposa dell'evento? Il quesito sembra suscitare una risposta differenziata, perché mentre una condizione di debolezza fisica è qualcosa rispetto a cui la vittima non ha una significativa libertà di segnare il proprio destino, nei casi di decisivo atteggiamento «sconsiderato» – l'aggettivo è quanto mai calzante, perché, come si avrà modo di precisare in seguito, svincola opportunamente il discorso da un vero e proprio (quindi consapevole) consenso – il rischio iniziale deve ordinariamente considerarsi "assorbito" nella sfera di competenza della vittima o, comunque, fuoriesce da quella dell'agente.

Quanto alle condizioni personali dell'individuo danneggiato, il principio è quello ben noto soprattutto nella tradizione giuridica di *common law*, per cui l'agente "prende" la vittima come effettivamente è: «takes his victim as found» (e varianti linguistiche equivalenti)[275]. Si tratta di una regola giuridica radicata più che altro nella teoria dei *torts*, ma ampiamente consolidata anche in ambito penalistico e il cui inquadramento sistematico più tradizionale è nella causalità[276]; non molto diversamente rispetto alla soluzione codicistica italiana, quantomeno se si vuole riconoscere un preciso significato alla differenziazione di disciplina tra concause preesistenti e concomitanti, da un lato, e concause sopravvenute, dall'altro, nell'art. 41 c.p., come si è già rilevato dando conto delle tesi giurisprudenziali e dottrinali riguardo alla causalità adeguata e alle sue letture estensive.

Il senso della regola giuridica appena richiamata è ben comprensibile e condivisibile nella misura in cui afferma che non può negarsi l'imputazione di un evento in radice, cioè a prescindere da ulteriori valutazioni, sulla base di caratteristiche della vittima e che potreb-

[275] Per l'esatta espressione indicata nel testo, si veda il manuale inglese D. Ormerod, K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., New York, Oxford University Press, 2015, p. 106. Nell'ambito della dottrina italiana, ad esempio, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., p. 645, nota 249; tra i manuali, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 360.

[276] Lo testimonia anche la recente analisi di J. Elvin, *Causation and Legal Responsibility: 'Take Your Victim as You Find Him'?*, in *Journal of the Institute of Law*, 2017, p. 45 ss.

bero renderla (anche molto) più vulnerabile della media dei consociati[277]. Per questi casi, sono state coniate espressioni come «eggshell skull»[278], alludendo metaforicamente alla vittima fragile come se avesse il cranio della consistenza di un guscio d'uovo.

In definitiva, relazionarsi con un soggetto che ha debolezze rispetto alle quali si trova letteralmente indifeso può ben condurre a responsabilità colposa o dolosa muovendosi in una scala in cui si collocano, con diverso significato, percepibilità, effettiva percezione (con le consuete ambiguità della situazione) e volontà di sfruttare strumentalmente il fattore eccezionale per pervenire all'evento[279].

Riguardo, invece, a profili causali su cui possa incidere la libertà di autodeterminazione del soggetto, va guardata con particolare oculatezza la pretesa di estendere il principio appena considerato, concependolo anche «in a more holistic sense – taking the victim's *mind* as well as his body as found»[280]. Ad esempio, nel caso da cui si

---

[277] Efficace, in tal senso, è la considerazione di M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 382: «il diritto non segue la natura nelle sue ingiustizie».

[278] Ne danno conto, ad esempio, D. Ormerod, K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, cit., p. 106.

[279] Va adeguatamente considerato che i fattori di eccezionale debolezza della vittima non di rado hanno carattere «silente», rendendosi difficile la loro concreta prevedibilità nel contesto di una dinamica aggressiva: a questo riguardo, eloquenti sono le forzature a cui è dovuta pervenire la giurisprudenza per condannare per omicidio preterintenzionale l'aggressore di un tifoso di calcio ("avversario") deceduto sì in un contesto violento, ma per il ruolo determinante giocato da una ipoplasia congenita della coronaria destra da cui era affetto. Per una illustrazione critica di questo caso, risalente al 1989, S. Tordini Cagli, *Preterintenzione e principio di colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 531 ss.; in seguito, Ead., *Delitto preterintenzionale e principio di colpevolezza*, in A. Cadoppi, S. Canestrari (a cura di), *Casi e materiali di diritto penale*, I, cit., p. 175 ss. (in tale sede è pubblicato il testo delle due sentenze di merito e di quella di legittimità: Corte ass. Milano, 13 luglio 1989, p. 157 ss.; Corte ass. app. Milano, 10 marzo 1992, p. 164 ss.; Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 1992, p. 170 ss.).

[280] Questi i termini impiegati per descrivere la controversa questione da parte di D. Ormerod, K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, cit., pp. 106 e 107, ove il tema viene trattato con riferimento ai casi più problematici di rifiuto dei trattamenti sanitari da parte della persona lesa: in particolare, i casi "storici" *Holland* (in cui alla persona aggredita fu prospettato il rischio di morte – poi concretizzatosi – non accettando l'amputazione di un dito leso nell'aggressione) e *Blaue* (in cui a una ragazza vittima di un accoltellamento che le aveva perforato il polmone fu prospettato il rischio mortale – poi concretizzatosi per effetto di una scelta dettata da motivi religiosi, trattandosi di una testimone di Geova – non accettando una trasfusione di sangue), su cui si vedano anche H.L.A. Hart, T. Honoré, *Causation in the Law*, 2ª ed., New York, Oxford University Press, 1985, pp. 359-361, ma rilevanti

è partiti per avviare questa digressione, la prevedibilità concreta del decisivo atteggiamento indisciplinato della vittima rispetto alle cure, al di là di ciò che si vuole sostenere sul piano strettamente causale, non dovrebbe comunque condurre a un'affermazione di responsabilità penale colposa dell'agente. Ciò, in quanto, la vittima, pur non avendo magari scelto di trovarsi in una condizione di pericolo, orienta poi lo sviluppo della realtà in termini piuttosto liberi, quindi "assorbenti": a quel punto non c'è "più" – *rectius*: non c'è mai stata – una colpa dell'agente per l'evento concretamente verificatosi; l'agente era legittimato sin dall'inizio a non tenere conto di tale sviluppo.

Una equilibrata valorizzazione dell'autodeterminazione della vittima, che cioè non voglia rischiare nemmeno di peccare di estremo cinismo (trascurando del tutto le venature solidaristiche della nostra Carta costituzionale)[281], suggerisce di riconoscere che ci sono comunque delle "zone grigie", nelle quali pronunciarsi sulla effettiva libertà di una scelta non è affatto semplice. La soluzione, allora, può più plausibilmente declinare sensibilità diverse e non sempre conciliarsi con un antipaternalismo "forte"[282], ma ciò che maggiormente conta è avere consapevolezza dei valori in gioco e dei bilanciamenti che si vanno a proporre. Per una migliore messa a fuoco del ragionamento, si ragioni sul resto della casistica annunciata.

---

sono già le precedenti p. 352 ss., per un inquadramento della questione considerando anche le ipotesi di errori medici.

[281] Per la soggezione, però, degli obblighi *ex* art. 2 Cost. alla riserva di legge, ancora fondamentale A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione - Principi fondamentali*, Art. 1-12, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1975, p. 50 ss., in particolare p. 99.

[282] Come c'è il paternalismo forte, si può pensare anche all'antipaternalismo forte. Sul tema, di una complessità della quale qui non si può certo dar conto – ben rappresentata dalle vaste proporzioni dell'opera di J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 1984-1988, una pietra miliare in argomento – i contributi della dottrina italiana raggiungono già un quantitativo considerevole, anche solo limitandosi a quelli del secolo in corso. Tra quelli che affrontano il tema dei rapporti tra paternalismo e responsabilità colposa, a titolo esemplificativo, S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione*, cit., in particolare p. 203 ss.; D. Micheletti, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della* Bad Samaritan Jurisprudence, in *Criminalia*, 2011, p. 275 ss.; L. Cornacchia, Placing care. *Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 249; A. Cadoppi, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. Fiandaca, G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008, in particolare p. 107.

Un ambito casistico di speciale importanza è quello relativo alle assunzioni particolarmente pericolose di sostanze stupefacenti, con la precisazione che il discorso ha senso tanto più se si rifiuta una logica di pericolosità astratta della sostanza, che condurrebbe a inaccettabili semplificazioni[283]. Anche in questo caso è opportuno basarsi su un precedente già considerato, appena più datato degli altri richiamati, ma non meno significativo, se non altro per la sua autorevolezza: ci si riferisce alla pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione sull'art. 586 c.p., risalente al 2009[284].

La sentenza, in diversi passaggi ammirevole – e se n'è dato atto – nell'opporsi a una radicata preferenza giurisprudenziale per la responsabilità oggettiva come criterio di imputazione dell'evento finale nei contesti intrinsecamente criminosi, va ora sottoposta a critica[285], perché, pur reputando possibile la configurazione di regole cautelari *in re illicita*, ha suggerito la soluzione dei casi più problematici in termini che paiono eccessivamente paternalistici. Non ci si riferisce più di tanto al principio di diritto, quindi, ma alla sua declinazione nelle istruzioni rivolte alla Corte di merito chiamata a riesaminare il caso, precisando che la sentenza annullata «non ha accertato se l'imputato sapesse o potesse sapere che il N. avrebbe a sua volta ceduto parte dello stupefacente a terzi e che uno di costoro era

---

[283] Al di là di quanto si considera più specificamente nelle trattazioni dedicate all'argomento, sulla necessità di una concretizzazione del giudizio di pericolosità associabile a una sostanza stupefacente e ai suoi usi, si veda, ad esempio, M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 390 e 391, il quale osserva che, altrimenti, «l'affermazione di colpa in capo al cedente e a titolo *commissivo* […] si spiegherebbe solo in forza della violazione di cautele così generali da identificarsi con quelle che, in realtà, sorreggono il divieto di compimento dell'*attività* di cessione, ma non sorreggono più, ad un livello adeguato di concretezza, un divieto di compimento della 'singola' azione *se non in quanto espressione* del rischio proprio (in realtà) dell''attività' generale vietata. Il rischio (*ex ante*) della *condotta* concreta, infatti, sarebbe soltanto quello della attività. In un diritto penale della colpevolezza, tuttavia, per l'imputazione sia del dolo che della colpa occorre che la *condotta* concreta contenga *almeno un elemento di rischio in più* di quello presente nell'*attività* vietata. *Salvo*, si intende, *che la stessa 'attività', in quanto tale, comporti che ogni singola condotta* di esercizio della medesima *raggiunga già* un livello di rischio sufficiente per l'affermazione di una *colpa generica*».

[284] Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, cit.

[285] Nel ricostruire la fisionomia della *culpa in re illicita*, si sono invero già espresse perplessità rispetto al modello di agente da porre alla base del giudizio.

consumatore di notevoli quantità di medicinali, si trovava in precario stato di salute e avrebbe ingerito alcol etilico contemporaneamente all'assunzione dello stupefacente».

L'impressione che la sentenza punti quasi tutto sulla prevedibilità, sfruttando ben poco le altre potenzialità del filtro normativo della regola cautelare, a cui pure si dichiara fedele, trova conferma ancora più chiaramente nel passare in rassegna alcuni casi ricorrenti o comunque tratti dai repertori giurisprudenziali. La punibilità per colpa rispetto all'evento viene esclusa in situazioni di pacifica imprevedibilità dello stesso in concreto, ma il ragionamento, visto nel suo complesso, si basa su una versione forte (in realtà non logicamente implicata) del principio *simul stabunt simul cadent*: imprevedibilità, allora non colpa; prevedibilità, allora, necessariamente (!), colpa. Eccone la prova: «Potrà, invece, nei singoli casi concreti, ravvisarsi una responsabilità del cedente quando questi sia stato a conoscenza che il cessionario o il soggetto che di fatto avrebbe assunto lo stupefacente ceduto era dedito all'alcol o al consumo di psicofarmaci o aveva, al di là dell'apparenza, gravi difetti fisici ovvero anche quando la mancata conoscenza di uno di questi fattori sia derivata da errore o da ignoranza evitabili, e quindi inescusabili, come ad esempio nel caso in cui il soggetto abbia ceduto la sostanza ad un acquirente che denotava un alito vinoso, o che presentava caratteristiche esteriori di fragilità fisica o di consumatore di medicinali, o abbia ceduto la droga all'interno di una discoteca o di altro locale in cui solitamente si fa uso di sostanze alcoliche (essendo quindi altamente probabile una assunzione congiunta di droga e alcol), ovvero l'abbia ceduta a soggetti minorenni di cui poteva essere conoscibile la minore resistenza a quella determinata sostanza. Analogamente, la colpa in concreto potrebbe essere configurabile quando lo spacciatore abbia ceduto eroina ad un soggetto di cui conosceva i precedenti tentativi di disintossicazione e quindi la maggiore esposizione al rischio di overdose; o quando abbia ceduto sostanza micidiale come l'eroina a persona di giovanissima età, di esile costituzione fisica e che evidenziava la precedente assunzione di tranquillanti».

Parlando di «mancata conoscenza […] derivata da errore o da ignoranza evitabili, e quindi inescusabili», sembra quasi che si alluda alla violazione di un obbligo di accertamento delle condizioni

dell'acquirente o addirittura del diverso assuntore, ma è fortemente dubitabile che un obbligo del genere possa davvero imporsi e, a ben vedere, pure la Corte non sembra supportare del tutto tale idea.

Bilanciando in termini accettabili le istanze concorrenti, si dovrebbe limitare il riconoscimento di una responsabilità colposa più che altro alle ipotesi di cessione di una dose intrinsecamente più pericolosa rispetto a un livello "normale" per quel tipo di sostanza[286] e a talune ipotesi di assunzione pericolosa non liberamente decisa dall'assuntore. L'assenza di libertà dell'assuntore, affinché possa riguardare il fatto proprio del cedente, dovrebbe però risultare *ictu oculi*; può forse bastare anche una conoscenza casuale "derogatoria" rispetto alle apparenze, infatti normalmente sufficiente a modificare la regola cautelare a titolo di "superiori conoscenze dell'agente", ma non ci si potrebbe spingere a imporre una sistematica indagine sulle condizioni o le intenzioni dell'acquirente oppure, a maggior ragione, di una persona diversa ancora.

Alla luce di quanto si è appena detto, si può anche pensare all'attività di vendita – ma lo si potrebbe fare anche e soprattutto con riferimento alla produzione – di stupefacenti come a un'attività (illecita) «paraprofessionale», in cui, a ben vedere, possono persino concepirsi vere e proprie regole cautelari modali in senso stretto, cioè "in positivo", almeno quanto alla "gestione" della sostanza prima della cessione[287]. Ma da qui ad accollare al cedente un'attività "anamnestica", "diagnostica" e "prognostica" simile di fatto a quel-

[286] Ora sì che potrebbe aver senso alludere a un rimprovero per «mancata conoscenza», perché ogni soggetto che attivi un rischio è tenuto a conoscerne le reali potenzialità; ma si deve pur sempre trattare di un rischio proprio, non (prevalentemente) altrui. Sempre nell'ottica di valorizzare la libertà di autodeterminazione della vittima, si potrebbe forse considerare anche il tasso di riconoscibilità della speciale pericolosità della dose.

[287] Corre alla mente l'art. 105 c.p. e la controversa figura del «delinquente professionale», ma rappresenterebbe forse una pura divagazione l'approfondimento del richiamo. Occorre piuttosto rilevare che ci sono, in realtà, tante ipotesi diverse di cessione degli stupefacenti. A volte si tratta di cessioni occasionali o senza scopo di lucro. Non è poi affatto raro – e forse è anzi l'ipotesi "regolare" – che la sostanza passi di mano più volte prima dell'assunzione. In ogni caso, guardando ad altri ordinamenti, si coglie che alcune cessioni da noi vietate potrebbero pure essere viste in un'ottica diversa. Ciò che si vuole dire è che la cessione di stupefacenti non è, di per sé, un'attività incommensurabile rispetto al concetto di competenza in senso stretto, proprio perché, rispetto ad altri tipi di condotta umana, è più facilmente

la del medico, che non a caso è titolare di una posizione di garanzia (e, ad esempio, non rilascia prescrizioni senza indagare il contesto dell'assunzione farmacologica), la distanza sembra incolmabile.

Nel declinare il concetto di assunzione non libera, si deve riprendere e rielaborare in termini non scontati quanto detto prima rispetto alle debolezze della vittima. Una condizione di debilitazione del soggetto non sembra poter bastare per rendere la prevedibilità il criterio decisivo. A differenza di quanto può riguardare l'innesco del rischio tramite dinamiche aggressive come quelle su cui ci si è concentrati spesso nelle pagine precedenti, la vittima si trova qui in una condizione di debolezza che non viene "colpita" direttamente dall'agente: è la vittima stessa che decide di "sollecitare" tale propria condizione e il cedente è in realtà solo colui che gliene dà occasione. La dipendenza dell'assuntore, che non di rado è proprio alla base della sua debilitazione, potrebbe forse indurre a dubitare della libertà di autodeterminazione nella richiesta della sostanza. Il discorso non è banale (anzi va al cuore di un problema sociale tra i più drammatici) e fa riflettere sulle ragioni alla base delle scelte relative ai notevoli livelli edittali delle fattispecie di base coinvolte, ma non si deve confondere l'autonomia decisionale con gli effetti della stessa. Ai fini della responsabilità penale del cedente, pertanto, non sembra che la condizione di dipendenza dell'assuntore possa essere un elemento su cui fare perno, sul piano cautelare, in modo da rendere (anche subordinatamente) doveroso il rifiuto della cessione.

Con un po' meno riserve, se non altro se ci si mantiene aderenti al criterio della libertà di scelta della persona con cui ci si relaziona – ma comunque non senza criticità – si può discutere sulla possibilità di costruire una colpa nelle ipotesi di cessione a un soggetto di giovanissima età oppure a un soggetto visibilmente alterato dal punto di vista psicologico e rispetto al quale sarebbe immaginabile un'imminente assunzione di speciale pericolosità.

In definitiva, senza una colpa che rechi limpidamente i contrassegni del fatto proprio, l'impressione è che la pericolosità della condotta del cedente si confonda col rischio sociale che il legislatore

---

immaginabile un suo esercizio pienamente lecito (e non solo occasionalmente scriminato, al contrario, ad esempio, di alcune attività violente).

vuole combattere vietando il commercio delle sostanze interessate. Non è escluso, allora, che, calibrando male l'accertamento della colpa in concreto, appiattendosi sulla mera prevedibilità, si realizzi un *bis in idem* sanzionatorio, come le stesse Sezioni unite hanno rilevato[288]. Peraltro, ciò avverrebbe in termini peculiari rispetto a diversi altri casi normalmente associati alla preterintenzione (omicidio preterintenzionale compreso), perché, anche guardando direttamente all'eventualità di un epilogo mortale della vicenda e quindi all'aumento di pena più significativo tra quelli contemplati dall'art. 586 c.p. – l'alternativa sarebbe quella di immaginare le lesioni personali come conseguenza della cessione di stupefacenti – la quota di pena finale attribuibile alla produzione dell'evento potrebbe essere inferiore a quella del delitto di base. Questa constatazione non "sdrammatizza" il problema, ma, anzi, fa riflettere ancora di più sulla possibilità che rischi del genere siano in qualche misura già computati nella punizione dello spaccio, nonostante ricavare una risposta inequivocabile sul punto non sia agevole.

La sentenza delle Sezioni unite si è distinta più che altro per un autorevole impegno nelle direzione del superamento di un (sempre più) imbarazzante accoglimento della responsabilità oggettiva "alla luce del giorno". Non poco in una pragmatica logica di avanzamento progressivo (*step by step*) delle garanzie, peraltro faticose da stabilizzare[289], ma pare compito della ricerca quello di non fermarsi nelle

---

[288] Come visto, la Corte non sembra impeccabile nel declinare la colpa alla luce delle istanze di fatto proprio, ma si dichiara comunque consapevole, in linea di principio, che svilire l'accertamento di un legame forte con l'evento equivarrebbe a «sanzionare nuovamente un fatto già incluso per il suo carico di disvalore nella condanna per lo spaccio di droga» (punto 14 dei «Motivi della decisione»).

[289] Senza aprire parentesi storiche più impegnative, basti ora richiamare quanto già detto in merito agli orientamenti giurisprudenziali del "post-Franzese", dubbiamente allineati fino in fondo ai principi di diritto affermati dalle Sezioni unite nel 2002, aggiungendo qui giusto che, anche con riferimento alle applicazioni dell'art. 586 c.p. successive al 2009, le perplessità sono di carattere analogo. Un caso emblematico, anche perché, per coincidenza, ostenta in più passaggi ossequio a entrambi gli autorevoli precedenti di legittimità appena menzionati, è quello relativo alla morte di un uomo ottantaseienne, debole di cuore, deceduto per effetto dello spavento per essere stato raggiunto improvvisamente da una busta di plastica piena d'acqua lanciatagli addosso dal secondo piano dal vicino di casa, infastidito dal vociare sottostante. L'intento dell'agente di far desistere la vittima ha trovato in appello – *rectius*: in entrambi i giudizi di appello, essendoci stato, in prima battu-

sollecitazioni, in modo che si possa costruire il terreno per il passo successivo.

Altri casi interessanti per sottoporre a verifica e precisare le considerazioni finora svolte sono quelli in cui la vittima determina la propria morte per effetto del tentativo di sottrarsi al fatto criminoso dell'agente.

Ampiamente noto, nelle indagini su questa casistica, è il caso inglese *Roberts*[290], nel quale un uomo fu ritenuto responsabile per le lesioni personali riportate da una ragazza gettatasi fuori dall'auto in movimento per sfuggire alle molestie sessuali a cui l'uomo la stava sottoponendo. In questo caso, la condanna (anche) per l'evento è stata giustificata sulla base di una ragionevole prevedibilità del comportamento della vittima, a cui è stato dato inquadramento in sede causale, concludendo così per la non interruzione del nesso tra condotta dell'agente ed evento.

Tra le simili vicende italiane su cui la dottrina si è già concentrata, si può senz'altro menzionare il caso *Moschella*[291], relativo alla morte di un ragazzo lanciatosi da un treno in corsa attraverso il finestrino per sottrarsi alla persecuzione di un gruppo di violenti "tifosi"

---

ta, un annullamento con rinvio della Cassazione – inquadramento nell'ambito della fattispecie di minaccia; da lì l'imputazione dell'evento *ex* art. 586 c.p., così giustificata dalla Corte di legittimità (Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 2016, n. 47979, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017): «Non è manifestamente illogico trarre dalla dinamica del fatto, dal contesto in cui si è verificato, dall'età della vittima e dai rapporti personali con l'imputato, la conclusione della prevedibilità in concreto dell'evento, che cioè il lancio improvviso e violento di una busta piena d'acqua, posto in essere a fini intimidatori, potesse cagionare reazioni fisiche prevedibilmente pregiudizievoli per la salute di una persona anziana». Al riguardo, in dottrina non si è mancato di esprimere opportune perplessità rispetto a un effettivo adeguamento al principio di diritto delle Sezioni unite, parlando cioè di «uno sforzo, però, solo in parte portato a buon fine, dal momento che i giudici hanno riferito la prevedibilità ad un generico evento pregiudizievole per la salute della vittima, anziché solo e specificamente all'evento morte»: così le conclusioni della nota di E. Zuffada, *Il lancio di un gavettone cagiona la morte di un uomo: un nuovo banco di prova per l'accertamento della colpevolezza dell'agente*, p. 26.

[290] Il caso è spesso richiamato per la sua valenza paradigmatica. Tra le opere manualistiche, se ne veda la ripresa in J. Herring, *Criminal Law*, 10th ed., London, Palgrave, 2017, p. 56. Nella dottrina italiana, tra i primi a dedicarvi attenzione, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., pp. 57 ss. e 655.

[291] Su tale caso, si veda, in particolare, S. Tordini Cagli, *Condotta della vittima e analisi del reato*, cit., pp. 1185 e 1186, ove riferimenti anche al caso *Roberts*.

calcistici, i quali lo avevano già aggredito poco prima e avevano poi iniziato una vera e propria "caccia all'uomo". La condanna per omicidio preterintenzionale dei "tifosi" è stata giustificata impostando l'imputazione dell'evento morte sul piano della causalità (dedicando riferimenti espliciti alla colpa solo con intento tuzioristico), ritenendo la condotta della vittima «assolutamente coerente con l'insostenibilità della situazione»[292].

Tra i casi più recenti decisi dalla Cassazione e in cui si è ritenuto fondato il ricorso all'omicidio preterintenzionale, quello relativo alla morte di un soggetto precipitato per 10 metri da un parapetto scavalcato nel tentativo di fuggire da un'aggressione iniziata con pugni e calci[293]; nonché quello della morte di una persona ubriaca che, dopo aver subito percosse, aveva cercato la fuga in strada finendo travolta da un'auto[294].

Nella decisione di legittimità del primo dei due casi, la questione della prevedibilità dell'evento viene esplicitamente estromessa dal giudizio di causalità e collocata sul piano della colpa, ma con la solita beffarda conclusione: «A confutazione della linea difensiva facente perno sul preteso requisito della prevedibilità dell'evento, corre l'obbligo di osservare come sia ormai superata, nella giurisprudenza di legittimità, la teoria per la quale in passato si riteneva che l'omicidio preterintenzionale fosse punibile a titolo di dolo misto a colpa». Di fronte a prese di posizione come questa, si capisce ancora una volta (a prescindere dalla condivisibilità dell'operazione sul piano sistematico) il senso storico del suggerimento di correggere la causalità con elementi di prevedibilità volti a temperare le ingiustizie del *versari in re illicita*.

La frase sulla regola di imputazione dell'evento morte si trova identica anche nella pronuncia di legittimità sul secondo caso, ove si pone però l'accento sul fatto che «la strada statale rappresentava invero l'unica via di fuga per l'aggredito».

Si tratta di decisioni che lasciano più di una perplessità quan-

---

[292] La citazione di questo passaggio della sentenza di primo grado (Corte ass. Catania, 3 agosto 1994) è tratta da S. Tordini Cagli, *Condotta della vittima e analisi del reato*, cit., p. 1185, nota 137.

[293] Cass. pen., Sez. V, 12 luglio 2012, n. 41017, in *DeJure*.

[294] Cass. pen., Sez. V, 8 gennaio 2016, n. 6918, in *DeJure*.

to alla sensibilità ai principi costituzionali, ma che, per ciò che qui più interessa, consentono di apprezzare la differenza del particolare comportamento della vittima rispetto ad altri casi in cui è più difficile vedere fino in fondo un fatto proprio dell'agente. Come trapelato nel riportare letteralmente la considerazione della Corte nella decisione del secondo caso, vi sono situazioni in cui è proprio il delitto doloso dall'agente che prosciuga in maniera significativa i margini di lucidità e autodeterminazione dell'agente. È allora ben più ragionevole, secondo il criterio della libertà di scelta – in sintesi: della autoresponsabilità – della vittima, valutare lo sviluppo dell'evento in termini di prevedibilità. Entro limiti di proporzione comunque non semplicissimi da tracciare con precisione, il soggetto agente si deve assumere anche la responsabilità dei decorsi causali condizionati da comportamenti salvifici maldestri della vittima, perché sarebbe incoerente, da un lato, fare leva su aspettative (quantomeno di fatto) di autodifesa della vittima quando si parla di trascuratezza nelle cure e, dall'altro lato, svalutare l'umana tendenza a sottrarsi, anche con reazioni non del tutto razionali (in quanto comprensibilmente istintive, soprattutto quando immediate), ad aggressioni che siano particolarmente intense. Più il delitto di base esercita fisiologicamente pressione sulla vittima, in misura corrispondente, rimane nella sfera di competenza dell'agente il controllo del decorso causale a titolo di fatto proprio, quasi equiparandosi la condotta della vittima a un qualsiasi altro fattore eziologico. La competenza porta allora con sé spazio rilevante per la prevedibilità, quindi ciò che non abbia caratteri di autentica eccezionalità – si può pensare a una reazione molto sproporzionata rispetto al pericolo corso, ma dipenderà anche dalla conoscibilità di eventuali ipersensibilità della specifica vittima – rientra tendenzialmente nello scopo della regola cautelare e quindi si presta a un responso affermativo rispetto alla valutazione di concretizzazione del rischio nell'evento.

Tra gli altri casi che si possono richiamare e a cui la cronaca ha rivolto attenzione, vi è quello relativo alla morte, avvenuta nell'estate del 2011 in Spagna, di una ragazza italiana precipitata dal balcone del sesto piano di un hotel, per sottrarsi – così pare, ma, al momento in cui si scrive, va dato conto del fatto che la vicenda giudiziaria è pervenuta a una condanna solo in primo grado, che ha fat-

to ricorso alla disciplina dell'art. 586 c.p. – al tentativo di violenza sessuale di gruppo di due connazionali conosciuti nell'ambito della stessa vacanza[295]. Il caso sembra poter essere qui richiamato con pertinenza, perché, almeno nella ricostruzione dell'accusa, ciò che intendeva fare la vittima era probabilmente raggiungere il balcone della camera adiacente, non suicidarsi. Ciò nonostante, una corretta affermazione della colpa richiederebbe la conoscenza di elementi forse insuscettibili di essere perfettamente ricostruiti nel giudizio in corso, non sembrando indifferente la dinamica esatta dei fatti negli istanti precedenti rispetto alla caduta. La vicenda giudiziaria farà il suo corso[296] pertanto è forse prematuro pronunciarsi con nettezza, ma una considerazione di carattere metodologico è comunque possibile: se si ritenesse sempre prevedibile e proporzionata qualsiasi autoesposizione a pericolo della vittima ragionando solo sulle fattispecie astratte (quindi bilanciando in termini del tutto generali i valori in gioco) e non sulle dinamiche concrete, si rischierebbe di affermare una colpa altrettanto astratta[297].

La casistica poc'anzi considerata si presta a fungere da premessa rispetto all'ultima tipologia di situazioni a cui qui si è ritenuto di concedere spazio privilegiato. Ci si riferisce alle ipotesi in cui le pressioni sulla vittima – ecco il profilo di relativa continuità con i casi appena sopra passati in rassegna, anche se la differenza radicale è che lì la vittima vuole vivere (o comunque limitare i danni), mentre qui finisce per "accettare" di morire – la inducano alla scelta tragica di togliersi la vita.

Quando l'evento è il frutto di una scelta suicidaria della persona offesa di un determinato reato, verosimilmente un delitto doloso, il

---

[295] Corte ass. Arezzo, 14 dicembre 2018, inedita. Gli elementi sono tratti dalle informazioni pubblicate dalla stampa, in particolare: *Martina Rossi, fu omicidio: condannati i due amici. «Morì per sfuggire alla violenza»*, in *www.corriere.it*, (sezione *Cronache*) 14 dicembre 2018.

[296] Si segnala giusto che il trascorrere del tempo (e quindi l'incombere della prescrizione) potrebbe in ogni caso precludere la condanna *ex* art. 586 c.p.: *L'ultima beffa per Martina, caduta dal balcone per sfuggire allo stupro: possibile pena scontata per i colpevoli*, in *www.corriere.it* (sezione *Cronache*), 28 novembre 2019.

[297] Sul punto, si vedano le assonanti considerazioni di S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., pp. 199 e 200, ragionando sul noto (e probabilmente analogo) *Rötzel-Fall*, in cui, dopo essere stata ferita al braccio e al naso, la vittima tentò di liberarsi dell'aggressore cercando una via di fuga dal secondo piano dell'edificio, rimanendo però uccisa per effetto della caduta.

riferimento alla pressione esercitata dall'agente può forse ancora ritenersi pertinente, ma entrano in gioco profili problematici che rendono la soluzione giuridica particolarmente complessa.

Alla base della scelta drammatica della vittima di suicidarsi possono ben esservi fattispecie – per così dire – tradizionali, come quella di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p.[298] oppure quelle di estorsione (p. 629 c.p.) e di usura (art. 644 c.p.)[299], ma anche delitti di recente conio, almeno nel nostro ordinamento: è soprattutto il caso della «diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti», di cui al nuovo art. 612-*ter* c.p. (al riguardo, si parla spesso di *revenge porn*). In quest'ultimo caso, è forse stato proprio il noto caso di suicidio di una donna italiana ritratta in un video intimo che era stato diffuso non consensualmente a sollecitare il legislatore ad aggiornare il quadro normativo nazionale, come già avevano fatto i legislatori di altri Paesi[300].

Rimanendo ai casi decisi dalla giurisprudenza italiana, in tema di maltrattamenti con esito suicida, si è non di rado ritenuta applicabile l'ipotesi aggravata prevista dall'ultimo comma dello stesso art. 572 c.p., non ravvisando particolari ostacoli nel dato testuale

---

[298] Tra le ultime, Cass. pen., Sez. VI, 19 febbraio 1990, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 1986 e 1987, con commento di S. Preziosi, *Maltrattamenti seguiti da suicidio: oggettivo e soggettivo nell'imputazione dell'evento ulteriore, sullo sfondo della colpevolezza d'autore*, p. 1987 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 29 novembre 2007, n. 12129, in *Riv. pen.*, 2009, p. 497 ss., con commento di A. Carmona, *Il principio di personalità nell'ultima giurisprudenza della Corte di cassazione: "colpa" o prevedibilità nel versari in re illicita, aspettando le Sezioni unite*, p. 501 ss.; Cass. pen., Sez. VI, 15 ottobre 2009, n. 44492, in *DeJure*. In argomento, F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, Università di Perugia, 1979, pp. 192 ss. e 299 ss. Per una recente ricognizione delle pronunce sul punto, L. Monticelli, *Art. 572*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 2124 e 2125, ove ampi riferimenti dottrinali anche alla dottrina più risalente.

[299] Cass. pen., Sez. II, 15 febbraio 1996, n. 6361, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 317 ss., con commento di P. Pisa, *Responsabilità oggettiva nell'omicidio preterintenzionale*, cit., p. 322 ss.; Cass. pen., Sez. I, 19 ottobre 1998, n. 11055, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 86 ss., con commento di P. Pisa, *Duplice svolta giurisprudenziale a proposito di usura e art. 586 c.p.*, pp. 92 e 93.

[300] Ampiamente, in argomento, G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet. *L'art. 612-*ter *c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 2045 ss.

che prevede l'aumento di pena «se deriva la morte»[301]. Al di là delle solite oscillazioni sull'inquadramento del problema in sede causale piuttosto che nell'ambito del giudizio di colpa, la giurisprudenza ha palesato un certo affanno nell'individuare limpidi criteri orientativi. Se, da un lato, si può notare come la sensibilità nei confronti dell'art. 27 Cost. – ma lo imporrebbe comunque una piana applicazione dell'art. 59, comma 2, c.p., se l'inquadramento fosse quello circostanziale – abbia reso imprescindibile una valutazione della prevedibilità dell'evento, dall'altro lato, vi è l'impressione che il criterio della prevedibilità non lasci alcuno spazio autonomo a quello della libertà di autodeterminazione della vittima, come sembra di capire da un passaggio di una delle ultime sentenze in argomento consultabili nei repertori giurisprudenziali: «In buona sostanza, per garantire il principio di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale nei casi di suicidio seguito alla condotta di maltrattamenti è necessario che l'evento sia la conseguenza prevedibile in concreto della condotta di base posta in essere dall'autore del reato e non sia invece il frutto di una libera capacità di autodeterminarsi della vittima, imprevedibile e non conoscibile da parte del soggetto agente»[302]. Sembra quasi che la prevedibilità dell'evento sia conce-

[301] Si potrebbe al contrario ritenere che la fattispecie aggravata sia stata concepita dal legislatore avendo in mente episodi particolarmente violenti tramite i quali il maltrattatore ferisca o uccida la vittima "*manu propria*": forse, solo in questo senso potrebbe ritenersi davvero il delitto di maltrattamenti una fattispecie di pericolo astratto nei confronti dei beni giuridici tutelati dalla fattispecie "complessa" (per questo requisito dell'imputazione *praeter intentionem*, come già detto, in particolare, S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 148 ss., e, sul tema specifico, pp. 203 e 204, ove il ragionamento è sviluppato con riferimento al suicidio di un ragazzino recluso in uno sgabuzzino dai genitori in un contesto di frequenti vessazioni). Sul tema, si veda, in particolare, F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 300 («L'evento morte, in altre parole, deve trovare la sua origine nella intrinseca attitudine dei maltrattamenti ad espandere la loro potenzialità lesiva e a rendere concreta la loro capacità di offendere anche il bene vita. Esso quindi "deriva" dal fatto di maltrattamenti in quanto ha in questi la sua causa fisica diretta, immediata ed esclusiva»), ripreso adesivamente da S. Preziosi, *Maltrattamenti seguiti da suicidio*, cit., pp. 1993 e 1994.

[302] Cass. pen., Sez. VI, 15 ottobre 2009, n. 44492, cit. Nel caso concreto, il suicidio per impiccagione di una ragazza avvenne dopo l'ennesimo episodio di prevaricazione verbale e fisica da parte dell'agente, ma – rileva la Cassazione, basandosi sulla sentenza d'appello che a ciò aveva attribuito rilievo decisivo – in un contesto in cui la vittima aveva confidato a terzi «la sostanziale accettazione delle violente intemperanze dell'uomo nei suoi confronti, facendo "prevalere i propri sentimenti di

pita come del tutto alternativa rispetto a una scelta autoresponsabile della vittima, ma in questo modo si alimenta il sospetto che si ritorni alla ricostruzione della colpa come mera somma di causazione e prevedibilità del decorso causale, appiattendo sul primo fattore tutte le questioni di responsabilità per fatto proprio; allora si potrebbero avanzare riserve analoghe a quelle in precedenza più volte formulate. Potranno essere pochi i casi del genere, ma non si vede perché escludere *a priori* che un decorso causale che abbia esito suicida prevedibile possa comunque essere giudicato "assorbito" da una scelta autoresponsabile della vittima.

Un vero e proprio approfondimento comparatistico della casistica sui maltrattamenti seguiti da gesti estremi della vittima non può qui essere sviluppato, ma sembra comunque il caso di fare cenno al fatto che indicazioni interessanti potrebbero provenire dall'analisi di vicende giudiziarie statunitensi in cui la riflessione giuridica si è concentrata sulla «battered woman syndrome» (o «battered spouse syndrome»)[303], cioè a quella particolare condizione di pro-

---

affetto incondizionato" nei confronti del D.N., con esplicito intendimento di continuare la relazione e la convivenza con il predetto, in una prospettiva in cui "non era escluso il matrimonio". […] Alla stregua di quanto precede, l'essenza della giustificata esclusione della contestata aggravante va riferita alla comprovata carenza di prevedibilità concreta, in rapporto all'imputato, dell'evento suicidiario, con un giudizio *ex ante* che, pur se inesattamente riferito al nesso di causalità tra la contestata condotta e l'evento anzidetto, agli effetti della contestata aggravante, consente di ritenere non debitamente comprovato, né concretamente comprovabile il carattere di prevedibilità concreta del tragico evento in testa all'imputato, stante il cennato comportamento interpersonale, anche in ambito affettivo e familiare, tenuto dalla vittima in epoca antecedente e prossima al tragico gesto suicidiario, di cui il D.N. era consapevolmente compartecipe».

[303] Fondamentali riferimenti extragiuridici sono gli studi della psicologa americana Lenore E. Walker: in particolare, *The Battered Woman*, New York, Harper and Row, 1979; Ead., *The Battered Woman Syndrome*, New York, Springer, 1984. Tra i manuali americani, uno di quelli che dedica maggiore spazio all'argomento è quello di J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8ª ed., Durham, Carolina Academic Press, 2018, p. 229 ss., ove, peraltro, si dà conto di come i consulenti coinvolti in procedimenti penali del genere preferiscano sempre più non calare l'accento sulla parola «syndrome», al fine di evitare una descrizione in termini patologici della condizione della persona vessata, poiché ciò potrebbe apparire fuorviante agli occhi dei giurati, in particolare se l'obiettivo è quello di ottenere l'applicazione di una *justification* (come la *self-defense*) piuttosto che di una *excuse* (p. 230, nota 131 e p. 232 ss.); alternativa che, calata nella nostra tradizione giuridica, richiama, in termini piuttosto simili, la distinzione tra scriminanti e scusanti. Nella dottrina

lungata vessazione in cui può trovarsi una persona di sesso femminile e nella quale la persona stessa potrebbe pure (come in effetti non di rado è avvenuto) sentirsi costretta a ricorrere all'uccisione del maltrattatore, come unica alternativa ritenuta sopportabile rispetto al suicidio. Negli Stati Uniti, si è dibattuto anche in sede giudiziale sull'opportunità di dare a simili comportamenti "giustificazione" (ricorrendo all'istituto della «self-defense», assonante – ma il riferimento deve essere inteso in termini meramente orientativi – rispetto alla legittima difesa italiana) anche a prescindere da un'attualità dell'aggressione e persino dell'imminenza del pericolo, ad esempio nel noto caso *Norman*, in cui una donna uccise il marito violento e che la costringeva alla prostituzione, approfittando di un momento di sonno di quest'ultimo. In questa vicenda, molto discussa in sede dottrinale[304], la polizia (a cui pure la donna si era rivolta) non si era mostrata in grado di provvedere a una tutela efficace e nemmeno un abbandono appariva una soluzione realmente praticabile, considerato che l'uomo aveva già manifestato atteggiamenti persecutori e padronali a fronte di precedenti tentativi di allontanamento.

Quanto appena considerato dimostra che ci sono effettivamente dei casi in cui la persona maltrattata non ha proprio ragionevoli alternative rispetto a gesti estremi; da lì anche la plausibilità di un inquadramento del comportamento eterolesivo sul piano della antigiuridicità, nel senso di escluderla. In altri casi, invece, il comportamento radicale, soprattutto se autolesivo, è meno scontato e si pone all'esito di travagliate elaborazioni interiori della propria condizione esistenziale. Il gesto estremo può ben apparire alla vittima di vessa-

---

penalistica italiana più recente, alcuni riferimenti alla *Battered Woman Syndrome* si trovano negli studi di E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 131; F. Macrì, *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 154 ss.

[304] Piuttosto recentemente, sul caso e sui suoi numerosi commenti, è stato pubblicato uno studio approfondito e interessante anche perché, sulla base di un esame attento delle trascrizioni processuali, svela alcuni veri e propri travisamenti dottrinali della vicenda (a partire dalla frequente ma erronea collocazione temporale della vicenda in orario notturno invece che pomeridiano; circostanza a cui talvolta si è attribuita importanza ai fini dell'applicazione della *self-defense*): M.R. Mahoney, *Misunderstanding Judy Norman: Theory as Cause and Consequence*, in *University of Miami Legal Studies Research Paper No. 17-32*, 2017, p. 1 ss. (sull'erronea collocazione temporale della vicenda, in particolare p. 6 ss.).

zioni un esito inevitabile, ma le condizioni di contorno potrebbero ragionevolmente far percepire a un osservatore esterno una situazione in grado di svilupparsi in più modi diversi. Pure se tra tali epiloghi ritenuti possibili ci fosse l'atto suicida, non si dovrebbe però automaticamente ritenere la vittima un individuo irresponsabile rispetto al proprio gesto. È innegabile che sia molto suggestivo prendere eventualmente atto, in concreto, che l'agente avrebbe ben potuto rendersi conto delle potenzialità tragiche della propria condotta vessatoria. Quella prevedibilità, però, potrebbe anche fondarsi su ragioni tali da ridimensionare significativamente la quota di fatto proprio di colui che abbia commesso il delitto di base, considerato anche che, alla luce del principio di equivalenza delle cause del modello condizionalistico, la causalità potrebbe essere poco eloquente[305].

Beninteso: non si tratta ovviamente di colpevolizzare in alcun modo il suicida, ma di riconoscere all'autore di un illecito (calando quindi l'accento sulla sua prospettiva) le sufficienti garanzie nell'imputazione di un evento ulteriore rispetto al fatto criminoso doloso. In altre parole, è opportuno allontanare il sospetto che si accreditino logiche punitive in qualche modo facenti perno sul *versari in re illicita*. Certo, non sarebbe come quando si prescinde del tutto dalla prevedibilità in concreto, come fa ancora la Cassazione sull'art. 584 c.p., ma le soluzioni potrebbero comunque non essere pienamente in linea col principio personalistico dell'art. 27 Cost.

---

[305] Pur all'interno di una logica dichiaratamente causale (privilegiata anche in ragione della vigenza, allora, di un regime di imputazione oggettiva delle aggravanti), una significativa valorizzazione delle istanze di personalità della responsabilità penale si scorge in un passaggio di F. Coppi, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, *Enc. dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 263, che, a prescindere da profili di prevedibilità, ritiene ammissibile l'imputazione dell'evento suicida «solo a condizione che i maltrattamenti abbiano così profondamente alterato la personalità della vittima e la forza e l'autonomia della sua volontà, da far apparire il suicidio l'inevitabile e quasi ovvia – vorremmo dire – conclusione della vicenda, non più riferibile ad un essere dotato di propria "volontà": solo a queste condizioni, infatti, l'iniziativa della vittima può perdere il valore di «causa di per sé sola sufficiente a produrre l'evento» e può essere direttamente imputata alla catena di angherie poste in essere dal reo». Riconsiderando oggi l'equilibrata soluzione di questa autorevole dottrina, cioè collocando lo stesso problema nella prospettiva dell'imputazione per colpa (al maltrattatore) del gesto suicida della vittima, sarebbe davvero singolare se la prevedibilità del gesto autolesivo altrui non "inevitabile" potesse condurre all'aumento di pena, mentre prima, in vigenza del più severo regime di imputazione oggettiva dell'aggravante, tale esito veniva escluso.

Uno sguardo all'altro filone casistico più rilevante, quello dei suicidi di vittime di usura ed estorsione, può fornire ulteriori dettagli al ragionamento.

Andando direttamente al punto, si deve dare conto di come la Cassazione abbia confermato una sentenza di merito che aveva escluso la sussistenza dell'art. 586 c.p. in capo a un soggetto contestualmente condannato per usura e tentata estorsione[306]. Nei diversi gradi di giudizio, le differenze di inquadramento sistematico dell'imputazione dell'evento suicidario non hanno impedito di convergere comunque sulla stessa soluzione e facendo leva sul medesimo profilo fattuale, cioè la attribuibilità del gesto autolesivo «al sentimento che il poveruomo aveva del generale fallimento della propria vita». In questo caso, nonostante la Corte di legittimità abbia concluso per l'esclusione della causalità giuridica, si è comunque riconosciuto che le condotte illecite dell'imputato ebbero una qualche incidenza sul gesto estremo della vittima. Tale conclusione, nella prospettiva della Corte, è fatta conseguire dalla premessa per cui bisognerebbe «accertare rigorosamente – proprio per la forte componente di autonomia legata al gesto di chi si toglie la vita – che i delitti subiti posero la vittima in quella logica anche se drammatica alternativa tra una esistenza disperata e la morte, e non rappresentino invece la pura e semplice occasione del suicidio».

Al riguardo, sembra meritevole di attenzione una critica rivolta alla sentenza di legittimità appena richiamata. Quella di cui si è dato conto sarebbe «una teorizzazione molto discutibile: il suicidio della vittima, in quanto fatto volontario, si porrebbe come fattore interruttivo del nesso di causalità tra il precedente reato doloso e l'evento non voluto. Si tratta di affermazione inaccettabile, foriera di conseguenze assurde ed in contrasto con lo stesso orientamento espresso in altre sentenze dalla Suprema corte»[307]. Di questa critica va accolta l'insoddisfazione per l'inquadramento del problema in sede causale (anche in quanto forzato dalla lettura dell'art. 586 c.p. da parte della Corte di legittimità come ipotesi parzialmente incolpevole), tanto più poi se il messaggio della pronuncia si dovesse tradurre in un invito a ritenere sempre escluso il nesso causale in ipotesi di suicidio. Non sembra però da respingere appieno l'idea

[306] Cass. pen., Sez. II, 15 febbraio 1996, n. 6361, cit.

[307] P. Pisa, *Responsabilità oggettiva nell'omicidio preterintenzionale*, cit., p. 325.

che, in concreto, il fatto criminoso dell'agente possa anche rappresentare non più che "la goccia che fa traboccare il vaso". A quel punto, la causalità potrebbe rimanere ferma, ma diventerebbe più evidente che una valutazione approfondita del fatto proprio potrebbe lasciare spazio ad argomenti apprezzabili sul piano della colpa.

In un altro caso caratterizzato da episodi di usura ed estorsione, nell'imputazione per l'art. 586 c.p. è stato ricompreso non solo il suicidio della vittima ma anche l'omicidio della moglie e del figlio di tre anni che la stessa vittima aveva commesso appena prima di togliersi la vita[308]. In Cassazione, si è confermata la sentenza di appello che aveva ravvisato la presenza di una colpa d'evento in capo a uno degli autori dei fatti criminosi di base, in particolare valorizzando una conoscenza personale di lunga data della vittima e, pertanto, una plausibile prevedibilità delle sue reazioni alle pressioni psicologiche ricevute.

La sentenza di legittimità ha ricevuto apprezzamento in sede dottrinale per l'aperto rifiuto dell'interpretazione dell'art. 586 c.p. come ipotesi di responsabilità oggettiva, alla quale, invece, in primo grado era stato dato credito[309]. Non c'è dubbio che, in generale, si possa condividere una lettura dell'art. 586 c.p. conforme al principio di colpevolezza, ma, più nel merito, non sembra possibile non esprimere perplessità rispetto alla prospettiva di una responsabilità dell'usuraio o dell'estorsore persino per la decisione della vittima di uccidere i propri cari. Si può anche riconoscere una causalità tra tale gesto e gli illeciti di base, ma, sul piano dell'imputazione colposa, se non si va oltre la prevedibilità in concreto (essa stessa problematica da accertare), si intravede il rischio di convertire il delinquente in una persona responsabile di qualsiasi gesto estremo della vittima, come se questa fosse in tutto e per tutto da equiparare a un fattore causale naturalistico dalle evoluzioni sempre rientranti nella competenza del soggetto agente, purché non eccezionali. L'analisi condotta fino a qui dovrebbe coerentemente indurre a concludere che laddove la condotta della vittima di un fatto criminoso prospetti in modo riconoscibile il suicidio non sempre la regola cautelare accessoria rispetto alla commissione del delitto di base dovrebbe strutturarsi nel senso di imporre un'"interruzione" della realizzazione

[308] Cass. pen., Sez. I, 19 ottobre 1998, n. 11055, cit.

[309] P. Pisa, *Duplice svolta giurisprudenziale*, cit., p. 92.

dell'illecito stesso. Quando, attraverso una attenta valutazione del caso concreto, appare possibile collocare l'evento autolesivo (o eterolesivo, come nell'ultimo caso considerato) della vittima oltre la sfera di competenza dell'agente, l'eventuale prevedibilità del gesto estremo non sarebbe sufficiente per una colpa penale in linea col principio personalistico. Il cinismo del reo potrebbe allora essere valutato soltanto nella determinazione del *quantum* di pena per il delitto di base.

Nelle ultime pagine, si è cercato di riflettere sulla necessità di discernere scelte libere da aggressioni al bene giuridico sfociate in eventi dannosi per effetto di pressioni forti sulla vittima. Superato il pur non agevole compito di tracciare tale linea di confine, si individuano rischi leciti rispetto ai quali la prevedibilità (fosse anche in termini di certezza) di un epilogo infausto della vicenda non basta a trasformare in illecito il rischio stesso. Detto altrimenti: il soggetto non deve adeguare i doveri cautelari di propria spettanza alla luce di tale eventualità.

L'analisi ha posto l'accento soprattutto sulla libertà di autodeterminazione della vittima, mentre è stata tenuta in secondo piano una riflessione sul ruolo del consenso, che in alcuni studi vittimodogmatici trova più attenzioni rispetto a quelle qui dedicategli. La casistica affrontata dovrebbe aver fatto emergere le ragioni della preferenza per un concetto più generico rispetto a quello di consenso. Nei casi presi in considerazione, l'esclusione della responsabilità penale del terzo è stata ipotizzata a prescindere da una piena consapevolezza del rischio corso da parte della vittima. Quando vi è trascuratezza rispetto alle esigenze di cura, ad esempio, è proprio la mancanza di consapevolezza della reale portata del rischio ciò che spesso induce la vittima a tenere un atteggiamento di fatto *contra se*, ma ciò, come visto, non preclude la possibilità di ritenere la produzione concreta dell'evento più grave comunque attratta nella sfera di competenza della stessa vittima e quindi non in quella dell'autore del fatto di base.

Che la tematica della libertà di autodeterminazione della vittima ricomprenda il consenso, ma che (solo) a quest'ultimo non si riduca è del resto piuttosto evidente[310].

[310] La dottrina assume spesso come punto di riferimento la consolidata tripartizione roxiniana (C. Roxin, *Strafrecht*, cit., p. 401 ss.), per cui si dovrebbe distinguere tra l'autoesposizione responsabile al pericolo da parte della vittima (*eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers*), il consenso rispetto a una situazione

Affrontare la casistica esemplificativa presa in considerazione nelle pagine precedenti alla luce dei caratteri tradizionali del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p. avrebbe condotto a uno schiacciamento della libertà di autodeterminazione della vittima sotto il peso di questioni controverse: tra queste, la possibilità (solitamente negata dalla giurisprudenza)[311] di prestare un valido consenso rispetto a beni indisponibili quali la vita e, in ogni caso, se il consenso debba focalizzarsi solo sul pericolo oppure estendersi in termini più espliciti anche all'evento dannoso; tema, quest'ultimo, su cui la dottrina si è divisa proponendo una pluralità eccezionale di letture. In via ancor più generale, rimane inoltre problematica la possibilità di applicare l'istituto nelle ipotesi di reati colposi[312]. Non è quindi difficile intuire che, quando il comportamento di base venga giudicato intrinsecamente criminoso, tale problematicità finisca per riproporsi senza "sconto" alcuno, come si deduce da un filone giurisprudenziale con diversi precedenti conformi nel senso di ritenere punibile a titolo di omicidio preterintenzionale colui che inietti una sostanza stupefacente a un tossicodipendente consenziente il quale perisca per effetto dell'assunzione[313].

Non è un caso, dunque, che negli studi monografici volti a valorizzare la libertà di autodeterminazione della vittima non siano affatto rare precisazioni nel senso di non ritenere indispensabile un

---

di pericolo posta in essere da un terzo e dallo stesso governata (*einverständliche Fremdgefährdung*) e, infine, le ipotesi di consenso dell'avente diritto per così dire in senso stretto (*Einwilligung*): ad esempio, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., p. 10 ss.; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione*, cit., p. 203 ss.

[311] Tra le ultime, Cass. pen., Sez. I, 12 novembre 2015, n. 12928, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4105 ss.

[312] In giurisprudenza, il tema è trattato esplicitamente in rare occasioni: tra queste, Cass. pen., Sez. IV, 2 novembre 1978, n. 671, in *DeJure*: «Non può applicarsi ai reati colposi la causa di giustificazione prevista dall'art. 50 cod. pen. (consenso dell'avente diritto)».

[313] Tra le ultime pronunce in argomento, Cass. pen., Sez. I, 8 novembre 2012, n. 31466, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1262 ss. (con *Osservazioni* di G. Stampanoni Bassi, p. 1269 ss.), così massimata: «Risponde di omicidio preterintenzionale e non di omicidio colposo colui che inietti ad una persona per via endovenosa sostanze stupefacenti cagionandone la morte, a nulla rilevando il consenso a farsi iniettare la droga». Nella specifica vicenda giudiziaria, invero del tutto peculiare, tra l'altro perché la vittima non era tossicodipendente, la condanna confermata in sede di legittimità era persino a titolo di omicidio con dolo eventuale.

vero e proprio consenso della vittima medesima affinché di essa si possa predicare una autoresponsabilità[314].

4.1.5. *Un bilancio ancora provvisorio ma un po' meno parziale sui rapporti tra imputazione colpevole differenziata e responsabilità penale personale*

Riportando il discorso a un livello più generale, le acquisizioni più importanti dell'itinerario condotto sembrano quelle sulla struttura delle regole cautelari e sul criterio della concretizzazione del rischio nell'evento, alla luce dello scopo della regola cautelare violata. Sia la casistica sugli errori dei sanitari che quella sul comportamento eccentrico della vittima dovrebbero aver consentito di chiarire i rapporti tra prevedibilità e competenza.

La prevedibilità può risultare anche da sola decisiva nel conformare la regola cautelare in relazione all'atteggiamento altrui davvero eccezionale, sempre che non vi sia una speciale posizione di garanzia (normalmente assente nelle ipotesi preterintenzionali) che imponga di tenerne conto. Non di rado, dunque, tale criterio e quello della competenza sono – per così dire – allineati e guidano verso la stessa soluzione (di esclusione della responsabilità). Si potrebbe convenzionalmente assegnare priorità al primo, dato che è difficile pensare di imputare colpevolmente un evento che non sia ragionevolmente prevedibile, oppure, al contrario, si potrebbe valorizzare quella dimensione definita da taluno «pre-tipica», volta a definire prima la competenza del soggetto e poi i dettagli dei singoli criteri di imputazione colpevole[315]. Ciò può forse qui non essere ulteriormente approfondito e il discorso pare poter essere sintetizzato nel senso

---

[314] In questo senso, ad esempio, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., in particolare, pp. 13 e 14; G. Civello, *Il principio del* sibi imputet, cit., p. 137 ss., il quale, peraltro, ragionando sul consenso della persona offesa, costruisce una critica alla sistematica tripartita, in particolare nella misura in cui separa nettamente il piano della tipicità da quello della antigiuridicità (p. 116 ss.). Nell'esposizione dello stesso Civello, a cui per questo si fa rinvio, ampio spazio viene dedicato a studi d'oltralpe convergenti nel considerare l'autoresponsabilità come espressione della libertà di determinazione dell'individuo (p. 132 ss.).

[315] L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., ad esempio, p. 429.

che, più in generale, la competenza e la prevedibilità devono operare sinergicamente proiettandosi entrambe sul perimetro e sulla profondità della regola cautelare; ciascuna delle due, senza l'altra, non può portare a una edificazione della regola cautelare in termini costituzionalmente soddisfacenti.

Nell'ambito dei contributi recenti maggiormente volti a valorizzare il criterio della competenza – per ciò idealmente in sintonia con quanto si è finora sostenuto – si è formulata una precisazione alla quale può essere opportuno dedicare brevemente attenzione in questi passaggi riepilogativi. È stata avvertita la necessità di «sgombrare il campo da un possibile equivoco»: in particolare, si è affermato che «il canone della competenza rischia di essere confuso con (e assimilato al) la concretizzazione del rischio». Nell'argomentare questa precisazione, si è aggiunto: «anziché equivalenti, il criterio della competenza e quello della concretizzazione sono complementari e, in quanto tali, entrambi indispensabili per scongiurare un appiattimento della responsabilità colposa sulla logica del *tenetur etiam pro casu*. Il criterio della competenza lega infatti l'evento al soggetto; la concretizzazione del rischio lega invece l'evento alla condotta negligente. Donde la conseguenza che ben vi può essere competenza soggettiva pure in mancanza di una concretizzazione del rischio – il che è intuitivo. Ma si possono verificare anche casi in cui l'evento rientra tra quelli che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire e nondimeno l'autore della trasgressione va assolto perché, pur essendo tenuto a rispettare quella regola cautelare, non era deputato a gestire lo specifico fattore di rischio che si è tradotto nell'evento»[316]. Esemplificando il discorso, lo stesso Autore a cui ci si riferisce richiama una casistica di infortuni occorsi a soggetti introdottisi in ambienti lavorativi pericolosi senza autorizzazione e in orari di inoperatività dell'attività produttiva: in particolare, in un caso vi fu l'annegamento di estranei in una vasca pericolosa e nell'altro il ferimento di un dipendente (entrato però abusivamente nel cantiere) in circostanze di marcata autoesposizione al pericolo[317]. Aven-

[316] D. Micheletti, *Il criterio della competenza*, cit., pp. 517 e 518.

[317] *Ibidem*, p. 518, ove si fa esplicito richiamo a Cass. pen., Sez. IV, 5 gennaio 1999, n. 7924, in *DeJure*, (quella seguente è la parafrasi dell'Autore citato) «la quale ha concluso per la non attribuibilità al proprietario dell'annegamento di tre

do a mente tali casi, è condivisibile affermare che la competenza «è oggettivamente, temporalmente e soggettivamente circoscritta alla gestione delle situazioni di maggiore vulnerabilità cui sono esposti i prestatori d'opera e le altre persone che possono trovare legittimamente ingresso nel luogo di lavoro (rappresentanti, clienti, eccetera) durante il regolare svolgimento dell'attività. I garanti della sicurezza non sono invece chiamati a fronteggiare i rischi gratuitamente corsi da coloro che decidano di esporsi agli innumerevoli pericoli insisti in un ambiente di lavoro non operativo». Come accennato in precedenza, si può anche sostenere che «prima della concretizzazione del rischio, è sempre necessario accertare la competenza soggettiva quale imprescindibile abbrivio di una responsabilità colposa autenticamente personale»[318]. Il percorso intrapreso in questa trattazione potrebbe però consentire una conclusione in parte divergente rispetto alla seguente (riferita alla stessa casistica richiamata dall'Autore): «in questi casi, non vi può esser alcun dubbio che l'evento verificatosi sia esattamente quello che la regola cautelare trasgredita si prefiggeva di evitare. L'annegamento costituisce infatti ciò che s'intende scongiurare tramite l'approntamento di parapetti e segnali di pericolo ai bordi della vasca; e del pari la caduta nel vuoto è esattamente l'evento che si prefigge di scongiurare la doverosa ostruzione del vano ascensore». A ben vedere, una concezione maggiormente integrata di competenza e regola cautelare è possibile e opportuna. Proprio in casi del genere, si potrebbe forse più coerentemente escludere che si possa parlare di concretizzazione del rischio nell'evento. Tale concretizzazione può apparire sussistente se si guarda al carattere modale delle cautele e si accetta una descrizione generica dell'even-

---

ragazzi in una vasca con rampe viscide situata in un ambiente lavorativo ove i tre erano entrati abusivamente, che non era stata protetta da parapetti né segnalata tramite cartelli di pericolo». L'Autore considera altresì Cass. pen., Sez. IV, 26 settembre 2001, n. 44206 (questi sembrano gli estremi esatti), in *DeJure*, (quella seguente è la parafrasi dell'Autore citato) «che ha assolto il datore di lavoro per le lesioni occorse a un dipendente precipitato nel vano destinato ad alloggiare l'ascensore di un edificio in costruzione, che era situato in un cantiere ove la vittima si era introdotta abusivamente fuori dell'orario di lavoro dopo avere rimosso la rudimentale staccionata predisposta nell'attesa di un presidio più adeguato.

[318] D. Micheletti, *Il criterio della competenza*, cit., p. 519, ove l'Autore aggiunge: «Se così non fosse l'imputazione colposa sorgerebbe all'insegna del *versari in re illicita*».

to o comunque limitata ai dettagli – per così dire – dinamici dell'incidente. Ciò che si nota, però, è che la volontà di porre l'accento sul carattere modale delle cautele finirebbe per accreditare una lettura della regola cautelare slegata da profili di competenza, che, invece, in questa trattazione si sono concepiti come in grado di condizionare l'esistenza normativa e la profondità operativa della regola cautelare stessa. In altre parole, la verificazione dell'evento per effetto di un decorso causale estraneo rispetto a quelli "coperti" dalla sfera di competenza del datore di lavoro può anche apparire identica, in termini di dinamica dannosa, rispetto a quelle di cui lo stesso datore di lavoro dovrebbe effettivamente preoccuparsi, ma la conclusione più lineare pare essere nel senso che farebbe comunque difetto la concretizzazione di un rischio proprio nell'evento.

Alla luce di quanto appena considerato – ma, in termini convergenti, si potrebbero richiamare anche le riflessioni già sviluppate sul ruolo "correttivo" delle conoscenze superiori causali dell'agente concreto, quelle sul sistema di regola ed eccezioni proprio del principio di affidamento, nonché quelle sulla titolarità (o meno) di una posizione di garanzia – si rende sempre più evidente la distanza rispetto a quelle tesi che, più in generale, percepiscono la regola cautelare come un'entità inflessibilmente valida *erga omnes* e incentrata quasi esclusivamente sulle note modali che indubbiamente le competono, ma che – questo sembra essere l'errore di prospettiva – non implicano necessariamente l'estromissione dalla sua dimensione normativa di dettagli del contesto specifico come i soggetti coinvolti e la loro competenza. Intendendo la regola cautelare quale «regola generalista», che «deve essere unica per tutti i consociati», nel senso che «il *modus agendi* imposto dall'ordinamento è uno, riconoscibile e certo, anziché dipendere dall'inquadramento sociale e professionale dell'agente concreto»[319], si finisce indebitamente per sganciare le cautele da quei profili che sarebbero invece in grado di condizionarne in concreto la doverosità.

Con coerenza, tesi del genere accordano sostanziale preferenza al criterio della miglior scienza ed esperienza rispetto a quello dell'agente modello in fase di edificazione del comportamento cauto doveroso. Ciò non risulta nemmeno particolarmente dissonante

[319] M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., pp. 35, 36 e 37.

rispetto a quanto in questa sede sostenuto parlando di prevedibilità oggettiva come "metro" (della regola) cautelare con riferimento alle ipotesi di *culpa in re illicita*, riscontrata la difficoltà di ricostruire modelli di agente illecito scrupoloso e avvertiti i limiti, sul piano generalpreventivo, di figure come l'uomo mediamente avveduto oppure la persona ragionevole. Si è però, al contempo, cercato di dimostrare (considerando le implicazioni di condotte di terzi o della vittima) che, anche *in re illicita*, questioni di fatto proprio possono ben condizionare il perimetro della doverosità di comportamenti cauti. Inoltre e soprattutto, è affrontando le ipotesi di colpa ambientate in contesti leciti – cioè quelli privilegiati dalle impostazioni in parola – che le implicazioni appaiono insostenibili. In tali casi, oltre a essere a rischio l'apprezzamento di questioni di colpevolezza davvero individuale, posto che il livello di generalizzazione dell'accertamento della misura soggettiva della colpa viene spesso elevato (letteralmente, cioè secondo una logica ascendente, che si allontana dalla persona concretamente interessata) fino all'agente modello[320], ci si trova costretti a proporre una lettura della cosiddetta colpa per assunzione (e del correlato dovere di astensione) in termini assai poco condivisibili.

Arrivando direttamente al punto, non sembra convincente affermare che, per soggetti privi delle conoscenze/competenze per gestire un determinato rischio, il dovere di astensione non rilevi già sul piano della definizione della regola cautelare, quindi della dimensione di tipicità dell'illecito colposo. Nei contesti in cui la dottrina maggioritaria riconosce l'esistenza di una pluralità di agenti modello, come quello sanitario, i cui esponenti sono peraltro garanti, le criticità emergono in modo piuttosto evidente. Ad esempio, a un medico di medicina generale che si presenti un paziente con problemi che possono essere affrontati adeguatamente solo da uno specialista ortopedico, non sembra ragionevole imporre l'osservanza di una regola cautelare costruita nel senso di intervenire direttamente sul paziente, quando sarebbe preferibile che non lo facesse in prima persona

[320] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 338 ss.

e chiamasse in causa il collega più competente[321]. Ammettendo che per i soggetti non capaci di gestire il rischio si configuri un dovere di astensione, la cui violazione darebbe luogo a colpa per assunzione[322], in realtà, si procede a un riconoscimento delle differenze di competenza (anche nel senso più specifico) in capo alle persone che non può non tradursi, per chi delle necessarie cognizioni e capacità sia sprovvisto, nella definizione di uno specifico obbligo di comportamento, di carattere negativo, consistente appunto nella (opportuna) rinuncia a un intervento diretto sul rischio. Se la condizione del soggetto concreto vale a precisare la pretesa che l'ordinamento gli rivolge, anche alla luce del principio di civiltà giuridica dalle radici risalenti per cui dovere e potere devono procedere il più possibile allineati (in questo senso, *Sollen impliziert Können*: «dovere implica potere»)[323], non sembra allora coerente ritenere che «detto dovere di astensione debba ricondursi alla colpevolezza colposa e non alla tipicità colposa». In sede di colpevolezza, piuttosto, si dovranno andare a valutare le ragioni relative alla concreta esigibilità del rispetto dell'obbligo di astensione; quindi, in particolare, la possibilità di percepire la propria incapacità di controllare direttamente il rischio[324].

---

[321] Sull'accompagnarsi di doveri di astensione a condotte positive alternative rispetto a quelle di contrasto più diretto del rischio, ad esempio, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., pp. 197 e 198; M. Mantovani, *Colpa e preterintenzione*, cit., pp. 215 e 216.

[322] Così lo stesso M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., p. 136, che, con riferimento a un soggetto che «non ha le capacità per rispettare le normativa antinfortunistica e, ciò non ostante, si determina a svolgerla», riconosce che «il precetto [!] da rispettare consiste nel non compiere ciò che non si è in grado di compiere».

[323] Così, rielaborando l'antico brocardo «*ultra posse nemo obligatur*» e un pensiero generalmente ravvisato anche nella dottrina kantiana, ad esempio, H. Albert, *Per un razionalismo critico*, Bologna, il Mulino, 1973, p. 98. Per una messa a fuoco delle diverse accezioni della «tesi» per cui «dovere implica potere», G. Feis, *"Dovere implica potere" a tutela dei diritti?*, in M. Cossutta (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2012, p. 81 ss.; più ampiamente, in seguito, in Id., *Impossibilità nel diritto*, Pisa, Edizioni ETS, 2015, in particolare p. 79 ss. (in tema di obbligazioni) e, per riferimenti penalistici, ancorché dedicati più che altro al «tentativo impossibile» e al «reato impossibile», p. 86 ss.

[324] Per una ricostruzione più affine della doppia misura (oggettiva e soggettiva) della colpa per assunzione, E. Mezzetti, *Colpa per assunzione*, in F. Dassano,

Quanto appena considerato è in linea anche con il ruolo che andrebbe riconosciuto alla colpa per assunzione *in re illicita*, nel senso che può ben capitare che il soggetto intenzionato a realizzare un fatto penalmente illecito non abbia le conoscenze o le capacità per governare il rischio di verificazione di un evento più grave di quello voluto. In tali casi, l'astensione dalla realizzazione del fatto doloso di base è imposta non solo per effetto dell'esistenza della norma incriminatrice del fatto stesso, ma anche quale comportamento subordinatamente doveroso in funzione della prevenzione di un risultato ulteriore. Tanto l'impossibilità assoluta quanto quella individuale di neutralizzare il rischio di verificazione dell'evento oltre l'intenzione, dunque, rafforzano, quantomeno di fatto, l'obbligo di non intraprendere l'attività illecita. Come già detto all'esito del percorso di definizione della fisionomia della colpa nel contesto preterintenzionale, valenza scusante potrà essere attribuita non tanto, di per sé, all'incapacità di governare il rischio in questione, quanto, piuttosto, all'impossibilità di rendersi conto della necessità di astenersi in ragione di tale incapacità.

Conclusivamente, l'itinerario finora sviluppato sui rapporti tra regole cautelari, anche e soprattutto *in re illicita*, e dimensione personalistica dell'illecito penale conduce all'acquisizione per cui solo

---

S. Vinciguerra (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., p. 513 ss., in particolare p. 516, ove si fa dipendere la sussistenza della misura soggettiva della tipologia di colpa in questione dalla possibilità, per l'agente concreto, di percepire la sua inadeguatezza a svolgere l'attività pericolosa intrapresa. Per l'Autore ora citato, il piano della misura oggettiva della colpa per assunzione sarebbe invece caratterizzato dalla «contrarietà a *regole di legittimazione ad agire*» (p. 514).

Si veda anche C. Piergallini, voce *Colpa*, cit., p. 236, nota 89, il quale si esprime in senso critico sulla lettura di Grotto: «A ben vedere, la ricostruzione in esame oscura la funzione della regola cautelare sul versante della tipicità: l'idea che la regola cautelare debba determinarsi sulla scorta delle migliori e più recenti acquisizioni scientifiche ed esperienziali, ancora non calate nella comunità sociale di riferimento, priva la regola di qualsiasi efficacia orientativa, visto che la stessa non è – oggettivamente – nella disponibilità della figura-modello. Si assisterebbe, dunque, per questa via, ad una profonda destrutturazione, dall'interno, del tipo colposo, che, smarrita la forza tipicizzante della regola cautelare (imperniata, lo si ripete, secondo l'autore, su saperi indisponibili ma che si presume facciano comunque invariabilmente parte del corredo dell'agente-modello), viene inglobato e metabolizzato interamente nella sfera della colpevolezza colposa. In un simile contesto, evocare la "doppia misura" della colpa sarebbe un fuor d'opera».

convenzionalmente si possono separare i principi costituzionali di responsabilità penale per fatto proprio e di responsabilità colpevole. Si può anche convenire sul fatto che essi abbiano dignità autonoma sul piano concettuale[325], ma una lettura integrata degli stessi, che ne illumini le interrelazioni sotto il tetto comune della personalità della responsabilità penale, è ormai imprescindibile alla luce del percorso ufficialmente inaugurato nel 1988 dalla Corte costituzionale. Non solo non può davvero dirsi personale una responsabilità che si basi su un fatto (sì) proprio (ma) incolpevole; altrettanto, sarebbe miope promuovere un'idea della colpevolezza, di cui la colpa è uno dei parametri fondamentali, a prescindere dal fatto proprio. Affinché questa idea si affermi nel modo più deciso possibile nel nostro sistema, la strada migliore – lo si ribadisce – è quella di insistere nel "filtrare" questioni di fatto proprio, oltre che sul piano causale, all'interno della colpa, sin dal suo livello più oggettivo, precettivo, che, come visto, non va inteso completamente impersonale[326].

Soluzioni diverse rispetto alla strutturazione della regola cautelare in senso conforme all'ideale del fatto proprio, al di là della loro condivisibilità, finirebbero per avere ancora meno impatto nell'ordinamento. Da un lato, si osserva che la metodologia delle dottrine dell'imputazione oggettiva dell'evento o di quelle che comunque anticipano tutte le valutazioni sul fatto proprio rispetto alla colpa fatica a trovare recepimento in sede giurisprudenziale, dove la tradizione italiana, nonostante alcune eccezioni ancora forse isolate, è diversa rispetto a quella d'oltralpe e si palesa una maggior familiarità proprio con la struttura della colpa, in particolare con la sua dimensione oggettiva. Pertanto, l'affinamento di una categoria già esistente può risultare più proficuo, almeno nell'immediato, rispetto all'introduzione di una "nuova". Dall'altro lato, analogo discorso critico potrebbe valere se si pensasse di poter posticipare rispetto all'analisi

[325] Analogamente, possono anche assecondarsi ulteriori suddivisioni, come quella tra *nullum crimen, nulla poena sine culpa* e principio di colpevolezza: così, come già accennato, M. Donini, *La personalità della responsabilità penale*, cit., pp. 1579 e 1583. Quello che conta è non privare di comunicazione tutte queste espressioni del macro-principio personalistico di cui all'art. 27 Cost.

[326] In questo senso, ad esempio, S. Canestrari, *La doppia misura della colpa*, cit., p. 25, il quale, nel definire il livello della fissazione della regola cautelare doverosa, parla di misura «oggettivo-soggettiva» della colpa.

della misura oggettiva della colpa questioni di fatto proprio, collocandole nell'ambito della colpevolezza. Al di là delle considerazioni sviluppate appena sopra, resta il fatto che anche la misura soggettiva della colpa risulta ancora troppo poco "metabolizzata" nei giudizi di merito e di legittimità, quindi, pure in tal caso, l'operazione risulterebbe di più difficile riuscita.

La più logica implicazione sul piano processuale dei ragionamenti volti a inquadrare nell'ambito della tipicità molte questioni di fatto proprio sembra consistere nel ricorso a una formula assolutoria precisa, quella per cui «il fatto non sussiste», che, pur essendo certamente utilizzabile nei casi in cui emerga del tutto o in parte – è l'alternativa che si pone tra il comma 1 e il 2 dell'art. 530 c.p.p. – una carenza di prova già del fatto storico, meglio di altre consente anche di far emergere la radicale mancanza di illiceità penale del comportamento addebitato.

Vero è che occorre affrontare l'argomento con la consapevolezza che non si tratta di un mero esercizio classificatorio, liberamente rimesso alle più diverse sensibilità sistematiche, perché ci sono disposizioni del c.p.p. che attribuiscono specifiche implicazioni alla formula terminativa prescelta. Così, ad esempio, l'art. 652 c.p.p., in materia di efficacia (di giudicato) della sentenza penale irrevocabile «nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno» (comma 1). Tuttavia, in giurisprudenza come in dottrina, non è affatto raro e privo di autorevoli espressioni un approccio di carattere sostanziale, che cioè imponga al giudice che si relazioni con un giudicato penale di assoluzione di andare oltre la forma e comprendere le reali ragioni della decisione[327]. Pertanto,

[327] Tra i precedenti più autorevoli in tal senso (in tema di interesse della parte civile a impugnare le sentenze di assoluzione), Cass. pen., Sez. un., 29 maggio 2008, n. 40049, in *Cass. pen.*, 2009, p. 883 ss., con commento di G. Santalucia, *L'errore nell'uso della formula assolutoria: quale spazio per l'impugnazione della parte civile?*, p. 897 ss., il quale, ancorché sviluppando un discorso riferito specificamente alle cause di giustificazione, ritiene in generale coerente ricorrere alla formula «il fatto non sussiste» se del reato difetti un elemento di tipicità (p. 899). Sulla stessa sentenza (richiamata, di recente, da Cass. pen., Sez. un., 28 marzo 2019, n. 28911, in *Cass. pen.*, 2020, p. 62 ss.), si veda anche il commento di R. Bricchetti, *Corretta la collocazione logico-sistematica delle componenti strutturali del reato*, in *Guida dir.*, 2008, 48, p. 73 ss. Tra le indagini dottrinali più approfondite in argomento, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, F. Morelli, *Le formule di*

nonostante sia più tradizionale la soluzione di ricorrere alla formula assolutoria «il fatto non costituisce reato» in ogni ipotesi di difetto dell'«elemento soggettivo», i tempi sembrano maturi per riconoscere, anche sul piano processuale e senza automatismi a livello extrapenale, la doppia misura dei criteri di imputazione colpevole, riservando la formula «il fatto non costituisce reato» alle sole ipotesi di carenza di colpevolezza (in senso stretto)[328]. Del resto, se già in ambito processuale è da tempo in discussione (quantomeno nelle sue accezioni più rigide) il «principio dell'unitarietà della funzione giurisdizionale»[329], specularmente, sul piano sostanziale, sono ormai riconosciute le differenze di funzione, struttura e accertamento tra la versione civilistica e quella penalistica di istituti come la causalità e la colpa[330]. Dovrebbe quindi essere il giudice civile ad analizzare le ragioni del proscioglimento, valutando in quale misura siano da re-

---

proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali, Torino, Giappichelli, 2014, in particolare p. 384 ss., da cui emerge l'opportunità di valutare le motivazioni di una pronuncia di proscioglimento, senza fermarsi al dispositivo.

[328] La preoccupazione (oggi ridimensionabile, come detto) legata agli effetti extrapenali del giudicato penale di assoluzione condiziona evidentemente la prospettiva di O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., p. 475, che ritiene più adatta la formula «il fatto non costituisce reato» nelle ipotesi in cui a fare difetto non sia la lesione del bene giuridico ma la tipicità colposa – da lì la distinzione tra «tipicità oggettiva» e «tipicità soggettiva», intendendo carente quest'ultima – in casi come quello della condotta "assorbente" della vittima, perché tale formula le consentirebbe di beneficiare di un risarcimento, salvi i limiti dell'art. 1227 c.c.

[329] Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. un., 29 maggio 2008, n. 40049, cit., di cui si veda, in particolare, il punto 11 delle motivazioni, dove si considera il principio menzionato nel testo non più vigente.

[330] Al riguardo, si è già richiamato, quanto alla progressiva emancipazione della colpa penale dall'omologo istituto civilistico, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 471 ss. Interessante, anche perché include riferimenti pure alla colpa nell'ambito del diritto amministrativo, è la riflessione di C. Brusco, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli-Bianco)*, Milano, Giuffrè, 2017, in particolare p. 395 ss. Per una opportuna trattazione congiunta delle peculiarità di causalità e colpa, che in alcuni settori (come quello sanitario) presentano particolari interferenze, R. Blaiotta, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 78 ss.; C. Piergallini, *"Civile" e "Penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, in particolare pp. 1319 ss. e 1325 ss. Nella dottrina tedesca, nel senso che uno statuto radicalmente differenziato delle due colpe sarebbe contrario al principio dell'unità dell'ordinamento, si veda R.D. Herzberg, *Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, p. 573.

cepire e quale spazio residui invece per una diversa considerazione del fatto alla luce delle peculiarità degli omologhi istituti civilistici.

Resta non agevole la scelta che nei contesti plurisoggettivi va compiuta tra le formule «il fatto non sussiste» e «l'imputato non lo ha commesso», trattandosi essenzialmente di decidere se sbilanciarsi verso una prospettiva incentrata sull'imputato e sulla imputazione a suo carico piuttosto che sul fatto storico, rispetto al quale altri potrebbero essere considerati responsabili[331]. L'approccio a questa alternativa, se non altro, è reso meno "drammatico" dal fatto che le implicazioni sulla responsabilità extrapenale delle diverse scelte possibili non sono altrettanto rilevanti.

Peraltro, la nostra tradizione giuridica – quella di *common law* ancora di più e fino all'attualità – dimostra persino come non sarebbe nemmeno impensabile fare a meno di una specificazione estremamente (forse troppo) sintetica delle ragioni dell'assoluzione; tant'è che, a più riprese, anche in tempi relativamente recenti, si è discusso sulla possibilità di un superamento delle formule assolutorie vigenti[332].

---

[331] In quest'ultimo senso si esprime, sostanzialmente, L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, cit., p. 480, con riferimento alle ipotesi in cui in capo all'imputato difetti la competenza per il rischio sfociato nell'evento tipico, reso possibile dall'intervento di una «causa *ad excludendum*»; prospettiva recepita anche nell'opera manualistica S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 383 e, in particolare, 384. In merito all'opportunità della stessa formula di proscioglimento in capo a chi possa appellarsi al principio di affidamento, M. Mantovani, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1060.

[332] Sull'argomento, si veda, ad esempio, il confronto di opinioni (coordinato da M. Chiavario, *Ieri oggi e domani delle formule di proscioglimento*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 641 s.) tra E. Fassone, *Formule di proscioglimento: teoria, prassi e condizionamenti dal contesto*, p. 642 ss.; G. Pecorella, *Formule di proscioglimento e "giusto processo"*, p. 650 ss.; G. Pisapia, *Equilibri (e squilibri) dottrinali e giurisprudenziali nell'applicazione della normativa sulle formule di proscioglimento*, p. 653 ss.; E. Zappalà, *Le formule di proscioglimento: i punti deboli di una continuità legislativa*, p. 658 ss.; M. Chiavario, *La questione delle "formule": dietro i problemi tecnici l'esigenza di scelte etico-politiche*, p. 666 ss. In seguito, interessante è l'approfondimento (con contributi di) G. Canzio, A. Casalinuovo, E. Marzaduri, G. Santalucia, *Verso l'abolizione delle formule di proscioglimento?*, in *Criminalia*, 2011, p. 415 ss. Si veda, inoltre, T. Hörnle, *Social Expectations in the Criminal Law*, cit., p. 18, la quale sostiene che la tradizione di *common law* nel senso di non precisare i dettagli dell'assoluzione non sia condivisibile, perché non dà conto del danno comunque subito dalla vittima, che meriterebbe questo riconoscimento in-

4.2. *Principio personalistico e colpevolezza graduante: i nervi scoperti dell'imputazione colpevole differenziata sul piano della proporzione sanzionatoria*

Si è cominciato questo itinerario sui "nervi scoperti" della personalità della responsabilità penale affrontando questioni di imputazione dell'evento, osservando come il piano della tipicità colposa, in alternativa (almeno nominalmente) rispetto all'*objektive Zurechnungslehre*, possa riuscire a farsi carico del raggiungimento di soluzioni soddisfacenti. Attraverso l'indagine su tali profili, si è pervenuti a un ridimensionamento della preoccupazione che aver sancito ufficialmente il *nullum crimen sine culpa* possa comunque lasciare scoperte questioni rilevanti sul terreno personalistico.

Di ridimensionamento e non di superamento di tale preoccupazione è in ogni caso corretto parlare perché le questioni problematiche già affrontate non esauriscono certo il catalogo di quelle attinenti all'art. 27, comma 1, Cost., che, a ben vedere, è messo in tensione da una pluralità significativa di istituti e orientamenti giurisprudenziali ricavabili nell'ambito dell'intero sistema penale: si pensi, ad esempio, all'ambito del concorso di persone, che in questa sede sarà oggetto di alcune specifiche considerazioni. Se anche si limita il campo alle questioni più generali e più strettamente connesse alla dimensione della colpevolezza in senso stretto, come è qui opportuno fare, si può notare che un aspetto in cui effettivamente il principio personalistico ha ricevuto finora un'implementazione insufficiente è quello della proporzione sanzionatoria.

Nel corso di questa trattazione, si avrà modo di prendere atto di come la tematica dell'imputazione colpevole differenziata sia interessata fondamentalmente da due ricorrenti logiche sanzionatorie di dubbia proporzione. La prima riguarda, in particolare, gli illeciti preterintenzionali, rispetto ai quali, come già emerso, è da tempo e non solo nel nostro Paese in discussione la legittimità di una pena più elevata rispetto a quella che si otterrebbe applicando la disciplina del concorso di reati: un problema di controversa legittimità di

---

dipendentemente dalla coincidenza con un interesse di carattere economico soddisfabile in ambito civile.

una difformità di trattamento sanzionatorio, dunque. Rispetto alle altre ipotesi di imputazione colpevole differenziata, che saranno oggetto di approfondimento in seguito, spesso vi è invece un problema di assimilazione sanzionatoria tra la pena "per il dolo" e quella "per la colpa", con un appiattimento di quest'ultima sulla prima.

Come si capisce, si tratta di problemi di proporzione diversi, anche in termini di "giustiziabilità"[333], che si conciliano con (e anzi presuppongono) il rifiuto della responsabilità oggettiva, ma sono tali da mettere comunque a rischio il rispetto fino in fondo del principio personalistico perché deve ritenersi che esso, nella sua accezione piena, implichi la necessità che nella sanzione sia rispecchiato con il maggior calibro possibile l'apporto del soggetto in concreto, che dipende senz'altro anche da profili di colpevolezza, come dovrebbe risultare via via ancora più chiaro nelle pagine a seguire, a cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici e di giurisprudenza, in particolare costituzionale.

Quanto al primo ordine di perplessità, si ritiene di aver già illustrato a sufficienza i termini di una questione che in dottrina rimane piuttosto aperta. Sia ora consentito limitarsi a ricordare che, sul punto, si registra una contrapposizione essenzialmente tra coloro che ravvisano nella combinazione tra delitto doloso di base e verificazione dell'evento più grave non voluto una dinamica qualificata anche in termini di rischio e comunque tale da indicare una speciale riprovevolezza dell'agente e coloro che non ravvisano invece alcun disvalore maggiorato rispetto a quello che lo stesso ordinamento è disposto a riconoscere per effetto dell'applicazione delle regole sul concorso (formale) di reati. È evidente che l'adeguatezza delle soluzioni vigenti sta e cade con la tenuta delle tesi del primo filone appena richiamato; per questo non si può fare a meno di rinviare alla parte in cui si è approfondita la fisionomia dell'illecito preterinten-

[333] Lo chiarisce in termini efficaci V. Manes, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., p. 362 ss., per cui il compito della Corte costituzionale sarebbe decisamente meno problematico nel caso della necessità di porre rimedio a un'indebita distinzione sanzionatoria, trattandosi normalmente di estendere una delle due discipline all'altra ipotesi comparata; nei casi di indebita assimilazione sanzionatoria, viceversa, la Corte si troverebbe a scegliere essa stessa, in modo più "creativo", la pena da sostituire a quella censurata.

zionale, se non per alcuni profili di metodo che verranno a breve sviluppati.

I dubbi di proporzionalità relativi invece all'equiparazione sanzionatoria di dolo e colpa non sono stati qui ancora adeguatamente considerati, se non, per cenni, nelle pagine sull'indifferenza tra dolo e colpa nell'ambito delle contravvenzioni. Si tratta di aspetti di carattere più generale e decisamente centrali nell'economia della presente trattazione, la cui analisi consente peraltro di andare al cuore del concetto di proporzione e dei suoi rapporti con la colpevolezza.

4.2.1. *Alcune notazioni metodologiche sulla proporzione tra "colpevolezza" e pena*

Particolarmente efficace, ancorché poco rassicurante, è l'autorevole considerazione di Francesco Palazzo in esordio di un suo recente contributo sull'argomento: «Con una reminiscenza poetica si potrebbe iperbolicamente dire che il principio di proporzione, in diritto penale, è "come l'araba fenice. Che ci sia ciascun lo dice. Dove sia nessun lo sa". Principio circolante nel diritto penale, di quasi autoevidente universalità nella sua enunciazione teorica, esso trova infatti rilevanti difficoltà di razionalizzazione sia sul piano puramente logico che su quello empirico della sua reale effettività»[334].

È effettivamente opportuno chiarire subito alcuni aspetti di metodo nell'approccio al difficile tema della proporzione, reso tale, forse, anche a causa di un suo riconoscimento solo implicito nella Costituzione italiana[335], al contrario di ciò che avviene, ad esem-

[334] Così, prendendo in prestito le note parole di Pietro Metastasio, F. Palazzo, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, I, Mantova, Universitas Studiorum, 2017, p. 311.

[335] Constatazione ricorrente, su cui, ad esempio, F. Palazzo, *Il principio di proporzione*, cit., p. 311.

La mancata menzione esplicita del principio di proporzione non ha certo impedito di riconoscere comunque il suo rango costituzionale. Si veda, ad esempio, G. Vassalli, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. XII, che colloca quello di «proporzione», insieme a quelli di «eguaglianza», «razionalità» e «ragionevolezza»

pio e per rimanere a testi fondamentali capaci di avere implicazioni nell'ordinamento italiano, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 (c.d. Carta di Nizza), che, all'art. 49, prevede, tra l'altro, un esplicito riferimento alla proporzione sanzionatoria: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato» (comma 3)[336].

Ogni volta che ci si riferisce alla proporzione, si allude a un concetto per definizione relazionale, perché si tratta di valutare un'entità non tanto in sé quanto in termini di adeguatezza tra la stessa e un dato elemento[337]. Nel discorso che si sta qui sviluppando, è evi-

---

tra i «grandi principi costituzionali di carattere generale». Riprende la citazione V. Manes, *Il principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Treccani, in *www.treccani.it*, per cui quello «di proporzione (o di proporzionalità)» potrebbe essere concepito «persino un principio di rango sovracostituzionale (Überverfassungsrang): esso esercita, del resto, un influsso sull'intero diritto dei pubblici poteri, dal diritto tributario, al diritto amministrativo, sino al diritto penale ed al diritto di polizia».

[336] Sulle plurime declinazioni del concetto di proporzione nei diversi livelli sovranazionali, ad esempio, A.M. Maugeri, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 67 ss.; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012, p. 144 ss., per il quale «in estrema sintesi, lo scenario sovranazionale sembrerebbe dominato dal modello di matrice tedesca» (p. 145), in cui l'idea di proporzione (*Verhältnismäßigkeit*, su cui, sempre nella dottrina italiana, si veda, ad esempio, anche A. Nisco, *"Principio di proporzionalità" ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia di incesto*, in D. Fondaroli (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, Cedam, 2009, p. 147 ss., in particolare pp. 154 e 155) e soprattutto il corrispondente principio si scompongono nei sottoprincipi ampiamente noti nel dibattito internazionale come «suitabilty», «necessity» e «proportionality in the narrow sense» (come ribadito autorevolmente, di recente, da R. Alexy, *Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2018, pp. 872 e 873); C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1/2012, p. 111 ss.; A. Nieto Martín, *Proportionality*, in R. Sicurella, V. Mitsilegas, R. Parizot, A. Lucifora (ed.), *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU. A Guide for Legal Practitioners*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 73 ss.

[337] In questo senso, come prospettato nel testo, proprio una delle definizioni più comuni del lemma «proporzione»: «Corrispondenza di misura fra due o più co-

dentemente la pena l'"oggetto" di cui verificare la proporzione[338]. Altrettanto evidente, in coerenza con la premessa, è che una determinata pena non viene praticamente mai giudicata proporzionata o sproporzionata in termini assoluti, ma soltanto o principalmente quanto al suo rapportarsi a un reato; su due livelli, cioè in astratto e in concreto: due piani di valutazione che si devono tenere concettualmente distinti, pur con la consapevolezza – è bene anticipare ciò che ci si accinge a sostenere – che una sproporzione sanzionatoria in astratto ben difficilmente può essere pienamente compensabile in concreto.

Si può anche assumere che determinate sanzioni siano sempre sproporzionate, in particolare per eccesso. Può essere il caso della pena di morte, che in ordinamenti come il nostro riceve (oggi) un netto rifiuto e, appunto, non è mai considerata una reazione adeguata, nemmeno a fronte del più atroce dei crimini; essa è semplicemente considerata "fuori scala"[339].

---

se che siano fra loro legate funzionalmente o comunque in stretta relazione» (vocabolario *on line* Treccani: *www.treccani.it*).

[338] La precisazione, per quanto possa apparire scontata in queste pagine, è comunque opportuna perché il concetto di proporzione, in ambito penalistico, è stato notoriamente declinato in termini anche diversi, ad esempio con riferimento alla scelta se punire un determinato comportamento (su ciò si incentra, da ultimo, il contributo monografico di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, in corso di pubblicazione) e persino in sede processuale (ad esempio, M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3-4/2014, p. 143 ss.). Tra le trattazioni recenti e più approfondite in materia, un'attenzione ai diversi momenti di relazione tra proporzione e diritto penale è riscontrabile in G. Ruggiero, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, ove già a p. 14 si anticipa l'impressione sul carattere riduttivo di una proporzione rapportata alla sola pena. Volta a denunciare, tra l'altro, una generale «diastasi dai principi di ragionevolezza e proporzione» del diritto penale recente è l'analisi, eloquente già nel titolo, di V. Manes, *Diritto penale* no-limits*. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 1/2019, p. 86 ss. (p. 90); sui rapporti con l'offensività, Id., *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 136 ss., ove si dà conto di una «traslitterazione dell'offensività nel giudizio di proporzione».

[339] Per una presa di posizione corale della dottrina italiana contro la pena di morte, si rinvia al *Documento per l'abolizione della pena di morte nel mondo*, presentato nel 2009 in occasione del 5° centenario dell'istituzione del primo insegnamento di *ius criminale* nell'ateneo bolognese. Sul documento, si veda, in particolare, S. Canestrari, *Presentazione*, in *Criminalia*, 2009, p. 407 ss., il cui Autore è

Ancorché si possa ravvisare una sorta di assoluta sproporzione[340] di sanzioni estreme come la pena di morte, tale qualificazione viene comunque a dipendere da un confronto tra pena e reato, basato su indici di gravità rapportabili a entrambi gli elementi in esame. Ciò sembra pertanto confermare quanto considerato sul carattere necessariamente relazionale del concetto di proporzione, aggiungendo peraltro al discorso una variabile importante in ambito giuridico, cioè la possibilità di articolare il giudizio di proporzione entro una scala di valori che può essere limitata verso il basso o verso l'alto oppure ancora in entrambi i sensi, esattamente come le cornici edittali, che rappresentano un fattore senz'altro centrale in queste pagine.

La gravità del reato, in quanto graduabile, sembra poter trovare corrispondenza nella pena, perché anch'essa è un'entità generalmente dosabile, che valorizza dunque le differenze. Anche il concetto di gravità non è però del tutto autosufficiente. Lo testimonia pure il codice Rocco: l'art. 133, comma 1, c.p. si preoccupa giustamente di stabilire, proprio a fini sanzionatori, degli indici di gravità dell'illecito penale la cui individuazione, altrimenti, sarebbe rimessa alle più diverse sensibilità; e tra tali indici di gravità sono ricompresi profili di colpevolezza, riferiti, in particolare, sia al dolo che alla colpa. In particolare, si valorizza la gravità "interna" a dolo e colpa: più esattamente, ancorché senza una reale differenza sostanziale, si parla di «intensità del dolo» e di «grado della colpa» (n. 3),

---

stato il promotore dell'iniziativa, «nella doppia veste di Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Bologna e di ordinario di Diritto penale» (p. 407).

[340] Parte della dottrina ha giudicato alcune pene assolutamente sproporzionate per difetto. In questo senso, ad esempio, si è sostenuto come implicazione del carattere di *extrema ratio* del diritto penale sarebbe l'adeguatezza – di più: la legittimità costituzionale – della sola pena detentiva, rendendo per definizione sempre sproporzionata ogni risposta sanzionatoria meno afflittiva: così, M. Trapani, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1693 ss., in particolare p. 1703. Per una replica diretta, alla luce di una più convincente valorizzazione dei principi costituzionali sullo sfondo, E. Dolcini, *Pena e costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 3 ss., in particolare p. 30 ss.; inoltre, sempre in quest'ultimo senso, A. Fiorella, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in *Arch. Pen.*, 2018, *Speciale riforme*, p. 97 ss.

completando un quadro per il resto composto da fattori più "oggettivi" (nn. 1 e 2)[341].

Se quanto appena considerato riguarda la proporzione tra reato e pena in concreto, occorre constatare che profili di colpevolezza non sono estranei nemmeno all'individuazione della pena in astratto, dove le differenze reciproche tra dolo e colpa, apprezzabili quindi in una dimensione "esterna" ai due concetti, emergono con più evidenza. È chiaro che, parlando di colpevolezza a questo livello, non ci si riferisce ancora alla rimproverabilità di uno specifico individuo. Non sarebbe però corretto sottovalutare il fatto che il dato legale contribuisce a definire l'oggetto del giudizio di vera e propria colpevolezza da compiersi nei confronti degli autori in carne e ossa del fatto di reato. Così, in ambito delittuoso, la punibilità soltanto per dolo di molti reati ha come implicazione un'indicazione precisa sul giudizio di colpevolezza che può consentire la responsabilità penale dell'agente e anche il pubblico ministero è vincolato, sin dalla formulazione dell'imputazione, a calibrare l'accusa su un'ipotesi di realizzazione volontaria e rimproverabile.

Ciò che qui più interessa è però che, quando il delitto è punibile "a doppio titolo", è frequente trovare una distinzione tra la cornice edittale per la versione dolosa e quella per la versione colposa, a parità di altri elementi dell'illecito: così è, con la massima evidenza, per l'omicidio, ipotesi criminosa da sempre paradigmatica sotto molti punti di vista. Ciò riflette, evidentemente, un punto di vista chiaro dell'ordinamento nel senso di una differenza di gravità tra dolo e colpa: un dato chiave per il giudizio di proporzione che interessa diverse ipotesi di imputazione colpevole differenziata.

Prima di argomentare ulteriormente in merito a una simile constatazione, in queste notazioni metodologiche preliminari è opportuno confrontarsi con un'obiezione rivolta all'ambizione di poter realmente commisurare la pena alla colpevolezza; obiezione che, se accolta, sembrerebbe poter mettere in crisi il discorso che si sta sviluppando.

---

[341] Sugli spazi di discrezionalità del giudice entro la cornice normativa dell'art. 133 c.p., fondamentale è il contributo di F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, in particolare p. 73 ss.

Si tratta di una critica strettamente connessa al legame intimo che storicamente si rinviene tra proporzione sanzionatoria e retribuzione. Guardare (ancorché non esclusivamente) a indici di gravità del reato a fini sanzionatori, come si è fatto in precedenza, significa ricercare, in una logica ampiamente retrospettiva, una corrispondenza tra il reato stesso e la pena e quindi accingersi a replicare con del "male" al "male" inflitto dal reo.

Non è ora necessario cogliere tutte le sfumature delle riserve ideologiche nei confronti della concezione retributiva della pena[342], quanto, piuttosto, mettere in evidenza che la più paralizzante delle obiezioni – almeno così si presenta – è proprio di carattere metodologico e mira a scalfire, in radice, la pretesa di scientificità del rapporto di corrispondenza che, tanto in astratto quanto in concreto, si pensa di poter stabilire tra reato e pena. Quelle appena menzionate e in generale quelle coinvolte nei rapporti di proporzione che normalmente si crede di poter stabilire in sede penale sarebbero entità tra loro «incommensurabili», «*prive di base epistemologica di raffronto*»; raffronto «*concettualmente impossibile*», «per *disomogeneità di valori*»[343].

Un esempio lo chiarirebbe: «Perché una violazione di sigilli (che offende il buon andamento dell'attività di custodia delle cose sottoposte a vincoli cautelari) "meriti" un mese di carcere, oppure una pena pecuniaria, una pena sostitutiva semi-detentiva, o addirittura tre anni di carcere (art. 349 c.p.) non è in grado di giustificarlo nessuno, né in senso relativo, né ovviamente in senso assoluto. Non c'è bisogno di essere un fisico per capire che non c'è base scientifi-

[342] Tra i più significativi punti di riferimento del pensiero critico nei cofronti della retribuzione e delle sue radici nel pensiero di Kant e di Hegel, U. Klug, *Abschied von Kant und Hegel*, in J. Baumann (Hrsg.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main, Fischer Bücherei, 1968, p. 36 ss. Sulla stessa impronta, si vedano anche i numerosi contributi (tra cui quello appena citato tradotto in lingua italiana) raccolti in L. Eusebi (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1989.

[343] In questi termini M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1174 e 1176, la cui prospettiva critica è sviluppata sulla scia di ben noti precedenti significativi (in particolare, F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (a cura di A.A. Calvi), Milano, Giuffrè, 1962, p. 37 ss.), come riconosce l'Autore, che li richiama in ampie note a cui si deve fare rinvio.

ca, anche un giurista può rendersene conto: la retribuzione penale si fonda sul nulla scientifico»[344].

Questa critica radicale riguarda evidentemente anche la colpevolezza e, in particolare, l'ambizione di porla in relazione proporzionale diretta con la pena[345].

Va riconosciuto che, sul piano epistemologico, questo punto di vista coglie nel segno, perché è effettivamente carente un'unità di misura che possa immediatamente tradurre in termini precisi il disvalore astratto o concreto di un fatto e i suoi contorni di colpevolezza nella pena. Il punto, però, è che ciò non sembra indispensabile, come è stato autorevolmente evidenziato[346]: la necessità di ricorrere a *convenzioni* per mettere in relazione il reato e la pena, per quanto possa abbassare il livello di scientificità di tale raccordo, non travolge ogni istanza di proporzione. In altre parole, ciò non pregiudica la possibilità di impostare comunque relazioni di corrispondenza[347] e ancora meno incide su quella di valutare la ragionevolezza di parificazioni o differenziazioni sanzionatorie, specialmente laddove al centro del raffronto vi siano entità non del tutto eterogenee come dolo e colpa. Una cosa, infatti, è constatare le già segnalate difficoltà nello stabilire quanta pena debba corrispondere a un fatto doloso oppure a uno colposo; altro è convincersi, per ciò che qui più interessa, di poter comunque sindacare, pur partendo da coordinate convenzionalmente fissate e tendenzialmente a pre-

[344] M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1175.

[345] Si continua a fare riferimento, anche per gli opportuni richiami bibliografici ulteriori, a M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1174 ss., in particolare p. 1214, dove si qualifica come «problema di ogni diritto penale a livello planetario» il «suo impossibile voler "misurare la colpevolezza"».

[346] In questo senso, ad esempio, E. Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, Cedam, 1979, p. 131 ss., in particolare p. 132: «L'idea che la pena retributiva dovrebbe realizzare non è cioè quella di una giustizia commutativa, che non trova spazio, d'altra parte, se non in misura estremamente circoscritta, nel mondo giuridico, bensì quella di una giustizia distributiva».

[347] Lo riconosce M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1175, che, parlando di «*convenzionalismo relativistico*», non esclude comunque che una pragmatica via d'uscita esista (e – si deve osservare – difatti è sempre esistita): «non è che non si può inventare un metro artificiale di valore afflittivo e simbolico il cui impiego trovi accoglimento sociale. È, piuttosto, che non c'è nulla di scientifico in questa scelta; si tratta di soluzioni del tutto empiriche sulle quali è ben difficile costruire una disciplina scientifica» (nota 22).

scindere dal loro dettaglio, che la stessa cornice edittale prevista per un delitto doloso sia adeguata anche per la corrispondente versione colposa.

L'approccio tradizionale al problema, cioè aderente allo schema triadico tipico del vaglio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost., che ha rappresentato un fondamentale punto di riferimento per la Corte costituzionale riguardo alle questioni di proporzione sinora giudicate, conduce, piuttosto, a riscontrare un problema di carattere pratico: ipotesi di irragionevole assimilazione rischiano di non poter essere "giustiziabili", perché, al momento di individuare una soluzione alternativa immediatamente reperibile, ci si accorge che spesso una via d'uscita del genere, semplicemente, non c'è, se non al costo di forzature istituzionali[348], che la Corte ha finora evitato ricorrendo a pronunce di inammissibilità[349]. Quelle di accoglimento hanno tradizionalmente seguito il canone crisafulliano delle «rime obbligate»[350], che in tempi recenti sembra però essere messo in discussione dall'affacciarsi di soluzioni più "flessibili".

È noto come il *tertium comparationis*, pur non radicalmente abbandonato, sia stato negli ultimi anni relegato a un ruolo sempre più di secondo piano, nemmeno di coprotagonista, ma funzionale essenzialmente alla pragmatica individuazione di una soluzione alternativa a quella della disciplina viziata, così da consentire a quest'ultima di non scomparire del tutto dall'ordinamento – si evita in tal modo il rischio di vuoti di tutela – ma di restarvi con sufficiente equilibrio. Si capisce che, in questi termini, la stessa necessità di ricorrere a una diversa soluzione viene giustificata quasi

---

[348] Sul rischio che la «fuga dal paradigma formale, "triadico"» si traduca in «politica criminale affidata al potere giudiziario», G. Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, cit., p. 428.

[349] Si veda, ad esempio, V. Manes, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., p. 366: «*Durissima lex, sed lex*: questa è stata, in effetti, la risposta della Corte in molte occasioni, in assenza di una calzante fattispecie comparativa, e pur al cospetto di macroscopiche esagerazioni punitive, tanto anacronistiche quanto irragionevoli, spesso messe a nudo da fatti concretamente bagatellari».

[350] V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1707.

esclusivamente *aliunde*, cioè sulla base di profili di «ragionevolezza intrinseca»[351]: «"più in alto e prima" delle geometrie del sistema»[352].

Si tratta di un'evoluzione dell'orientamento della Corte costituzionale che sembra aver raggiunto lo stadio più avanzato con la sentenza n. 222 del 2018[353], che ha offerto peraltro spunti di par-

[351] Così Corte cost., 21 settembre 2016, n. 236 (riferita all'ipotesi di alterazione di stato prevista dal comma 2 dell'art. 567 c.p.), in *Giur. cost.*, 2016, p. 2092 ss., che, come accennato nel testo, non ha sancito un totale abbandono del *tertium comparationis*: «Per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, finendo per esercitare un inammissibile potere di scelta (sentenza n. 22 del 2007) in materia sanzionatoria penale, la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo. Anche nel giudizio di "ragionevolezza intrinseca" di un trattamento sanzionatorio penale, incentrato sul principio di proporzionalità, è infatti essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata (sentenza n. 23 del 2016)» (p. 2103).

Di questa sentenza, si vedano i commenti di E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.; V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss.; M. Di Lello Finuoli, *La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1431 ss.; E. Cottu, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 473 ss.; P. Insolera, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 176 ss.; D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*; F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, entrambi in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2017, rispettivamente pp. 48 ss. e 61 ss.

[352] In questi termini viene sostanzialmente giustificato il titolo del commento di V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2114; commento in cui l'Autore ricorre comunque a precisazioni analoghe a quelle della Corte sul ruolo del *tertium comparationis* (p. 2110 ss.).

Per ulteriori considerazioni sulla necessità di mantenere aderenza a un *tertium comparationis*, prima della svolta segnata dalla sentenza n. 236 del 2016, si veda anche G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 355 ss., in particolare p. 356, ove uno specifico richiamo anche a profili di carattere più strettamente metodologico e meno "istituzionale": «Gli apprezzamenti sulla proporzione della norma non possono prescindere dalla comparazione con fattispecie analoghe, dal momento che proporzione è concetto relativo e comparativo». Dello stesso Autore, più di recente, Id., *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1403 ss.

[353] Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222 (le cui pagine si devono alla penna di un giurista particolarmente influente nel panorama dottrinale contemporaneo

ticolare rilevanza per l'approccio ad alcune ricorrenti questioni di imputazione colpevole differenziata.

La "Consulta" era chiamata a giudicare la proporzione della pena accessoria prevista dall'ultimo comma dell'art. 216 l. fall.: «La condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa». Si lamentava l'illegittimità costituzionale di questa disciplina, in particolare, per il suo prevedere una pena accessoria piuttosto severa e soprattutto fissa in associazione a diversi fatti di bancarotta fraudolenta, nello stesso articolo puniti anche molto diversamente tra loro.

I profili maggiormente innovativi di questa pronuncia (più "classica", invece, nel mettere in luce i motivi di frizione tra pene fisse e istanze costituzionali come quella personalistica e quella rieducativa) sono prospettati nei passaggi in cui si precisa che, per poter pervenire a censurare ufficialmente la (manifesta) irragionevolezza di scelte legislative sproporzionate sul piano sanzionatorio, «non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti" (sen-

---

come Francesco Viganò, che, nel commentare la sentenza n. 236 del 2016, aveva "anticipato" il proprio favore nei confronti dell'evoluzione dell'orientamento della Corte in F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., p. 66: «Una soluzione pragmatica, insomma: ma da salutare come intelligente e coraggiosa, da una parte di una Corte che – a sommesso avviso di chi scrive – ha perso troppo spesso, di recente, occasioni preziose per offrire efficace tutela ai diritti fondamentali»), accessibile da *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018, ove un commento di A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*. Tra i commenti della stessa pronuncia, ad esempio, R. Bartoli, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2566 ss.; P. Insolera, *Oltre le "rime costituzionali obbligate": la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giur. comm.*, 2020, II, p. 40 ss.

tenza n. 236 del 2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non "costituzionalmente obbligate" – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia. Resta ferma, d'altra parte, la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali».

Sulla base di queste premesse, la quantificazione della pena accessoria è stata "corretta" sostituendo il riferimento alla sua durata fissa con l'espressione «fino a dieci anni»[354]: una soluzione ricavata, per analogia (ravvisata nell'identità qualitativa della pena accessoria), guardando alla disciplina prevista per le fattispecie di bancarotta semplice (art. 217 l. fall.: «fino a due anni») e di ricorso abusivo al credito (art. 218 l. fall.: «fino a tre anni»). È evidente che, in questa presa di posizione, non vi è affatto il "trapianto" totale di una soluzione già esistente, ma, piuttosto, la declinazione quantitativa di una regola "suggestiva" prevista nello stesso ambito disciplinare[355].

---

[354] Per un chiarimento "operativo", si veda il pressoché immediato intervento di Cass. pen., Sez. un., 28 febbraio 2019, n. 28910 («La durata delle pene accessorie per le quali la legge stabilisce, in misura non fissa, un limite di durata minimo ed uno massimo, ovvero uno soltanto di essi, deve essere determinata in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p. e non rapportata, invece, alla durata della pena principale inflitta ex art. 37 c.p.»), in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2019, con commento di S. Finocchiaro, *Le Sezioni unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*.

[355] Nel senso di ridimensionare l'impressione di un radicale superamento del canone delle "rime obbligate", R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 139 ss., in particolare p. 149 ss., ove si cerca di dimostrare che «la soluzione adottata dalla Corte era in realtà una soluzione "a rime obbligate"». Diversamente, E.M. Ambrosetti, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?*, in *disCrimen*, 23 maggio 2019, p. 9, per cui «sembra più coerente affermare che la Corte ha "creato" una vera e propria disposizione, facendo riferimento a due norme che dettavano la disciplina della pena accessoria per due diversi reati fallimentari». Per l'Autore, «al di là della ragionevolezza della concreta soluzio-

Nel frattempo, il percorso della Corte non si è arrestato, ma è proseguito lungo questa strada, in particolare con la sentenza n. 40 del 2019, in tema di stupefacenti, con cui, pure, si è accolta una «soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata» sul minimo edittale previsto dall'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309 del 1990[356].

Tornando alle specifiche questioni di proporzione che riguardano quelle ipotesi di imputazione colpevole differenziata il cui trattamento sanzionatorio appanna le differenze tra dolo e colpa, ci si accorge subito che un elemento di continuità con quanto appena considerato nel dar conto della pronuncia n. 222 del 2018 risiede nella possibilità di riproporre con pertinenza la critica di fondo al carattere fisso della pena. A ben vedere, non vi è una pena fissa in senso stretto, cioè non si dà alcuna fattispecie presidiata da una sanzione del tutto inflessibile. Ad esempio, si avrà modo di vedere che, nell'ambito dei delitti sessuali in cui l'età del soggetto passivo assume il ruolo di elemento costitutivo, delle cornici edittali effettivamente esistono e talvolta presentano pure un'escursione piuttosto ampia. Il loro carattere di "fissità" risiede però nel rapportarsi sia alla realizzazione dolosa che a quella (parzialmente) colposa del fat-

---

ne accolta, su un piano più generale, resta un profilo problematico che attiene alla stessa funzione della Corte Costituzionale nel rapporto con il potere legislativo».

[356] Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 40 (che ha imposto «l'abbassamento del minimo edittale per il fatto previsto dal comma 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 da otto a sei anni, misura a suo tempo prevista dall'art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005 e tuttora in vigore, come pena massima, ai sensi del comma 4 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 per la fattispecie ordinaria delle droghe "leggere" di cui alle tabelle II e IV previste dall'art. 14 del d.P.R. n. 309 del 1990, come sostituito dall'art. 1, comma 3, del citato d.l. n. 36 del 2014, come convertito»), in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019, con commento di C. Bray, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*. Della stessa pronuncia, si vedano i commenti, ad esempio, di R. Bartoli, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul* quantum *di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 967 ss.; F. Consulich, La matematica del castigo*. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1231 ss.; G. Dodaro, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti*, cit.; P. Insolera, *Discrezionalità legislativa in materia penale-sanzionatoria ed effettività della tutela dei diritti fondamentali. La Corte prosegue il suo "nuovo corso" e invalida la pena minima dell'art. 73, c. 1, T.U. Stupefacenti*, in *Ind. pen.*, 2019, p. 253 ss.

to[357], "contravvenzionalizzando" così delitti le cui differenti espressioni "soggettive" assumono un disvalore radicalmente differente.

Occorre indubbiamente fare rinvio alla parte della trattazione in cui questi aspetti verranno specificamente analizzati e si evidenzieranno accuratamente le ragioni dell'inopportunità dell'equiparazione sanzionatoria, ma il richiamo qui anticipato serve ora per avere in mente e in termini concreti che il problema di proporzione che si pone è (o almeno appare) di più difficile soluzione rispetto a quello presentatosi alla Corte costituzionale con riferimento alla pena accessoria della bancarotta fraudolenta. Non è affatto agevole trovare una "stampella" su cui "appoggiare" il peso di una soluzione che non abbia il sapore di una scelta discrezionale, di vera e propria politica criminale.

Guardando in generale ai delitti puniti "a doppio titolo" e presidiati da autonome cornici edittali, sarebbe illusorio pensare di poter individuare una universale proporzione tra la cornice edittale per il fatto doloso e quella per il fatto colposo corrispondente, a maggior ragione nel momento in cui ci si ricorda che tale verifica nasce qui dall'esigenza di trovare un rimedio addirittura alla negazione, in radice, di una necessaria differenziazione trattamentale. Non è affatto possibile riscontrare alcuna costante che dimostri che la versione colposa di un delitto, laddove sanzionata diversamente, merita una pena inferiore, ad esempio, di un terzo oppure di due terzi rispetto a quella della versione dolosa.

Ragionando proprio sul dettaglio di tali esemplificazioni, si può al più osservare che il "nuovo" art. 452-*quinquies* c.p., in tema di tutela dell'ambiente, si occupa di fondare e quantificare la punibilità «per colpa» di inquinamento ambientale (art. 452-*bis* c.p.) e disastro ambientale (art. 452-*quater* c.p.), prevedendo per tali ipotesi colpose una pena da ricavarsi riducendo «da un terzo a due terzi» le cornici edittali per le relative versioni dolose. Analogamente e ritornando al settore dei reati sessuali, si può vedere che per una delle

[357] Si vedrà che è un effetto della disciplina dell'art. 609-*sexies* c.p. Nella parte dedicata alla disciplina dell'*error aetatis*, si darà conto anche della disposizione "parallela" dell'art. 602-*quater* c.p., cercando di spiegare, peraltro, il senso della precisazione messa tra parentesi nel testo, per la quale si tratterebbe, più precisamente, di ipotesi solo parzialmente colpose.

fattispecie direttamente interessate, ossia quella di atti sessuali con minorenne di cui all'art. 609-*quater* c.p., è prevista una riduzione sanzionatoria «in misura non eccedente i due terzi» per i «casi di minore gravità» (comma 5).

Nei dati appena sopra richiamati potrebbe forse ravvisarsi una certa convergenza, inducendo a credere che, in quanto effettivamente di «minore gravità», la disciplina della realizzazione (parzialmente) colposa del fatto possa essere "ortopedicamente" adeguata dotandola *convenzionalmente*, ma non arbitrariamente, di una cornice edittale ricavata riducendo fino a due terzi (oppure da un terzo a due terzi) la pena già oggi prevista per l'"ordinario" comportamento doloso. La soluzione, per quanto suggestiva, non è però del tutto esente da perplessità, non solo quanto alla sua reale rappresentatività e, quindi, "esportabilità", ma anche perché la differenziazione realizzabile sarebbe solo parziale: la pena per le ipotesi (parzialmente) colpose corrisponderebbe a quella già prima prevista per alcune realizzazioni dolose, ossia quelle di minore gravità.

Irrompe così sulla scena l'interrogativo circa il livello di differenziazione trattamentale sufficiente per soddisfare il principio di proporzione e quello di ragionevolezza. In altre parole: è indispensabile che le cornici edittali differenti nemmeno si "tocchino" oppure può essere accettata un'area più o meno ampia di "condominio"? Difficile rispondere senza aggiungere qualche dettaglio alla descrizione di quello che finora è stato qui trattato come un assioma, alludendo a una sorta di autoevidenza della maggior gravità del fatto doloso rispetto a quello colposo.

4.2.2. *Sull'assioma della maggior gravità di un fatto doloso rispetto alla corrispondente realizzazione colposa dell'illecito. Il problema delle cornici edittali*

Come si accennava, quello della maggior gravità del fatto doloso rispetto al fatto colposo è da sempre considerato praticamente un assioma – «un classico paradigma del diritto penale»[358] – e

[358] D. Petrini, *La colpa*, cit., pp. 349 e 350, che ritiene che tale «paradigma» sia stato decisamente «posto in discussione» dalle recenti scelte legislative sul-

in quanto tale potrebbe forse rendere superfluo dilungarsi in una sua illustrazione, che anche le opere didattiche affrontano con toni pressoché concordi e limitandosi a poche battute, giusto per tradurre allo studente un concetto che già il senso comune esprime: «I *criteri* che nel nostro ordinamento fondano e graduano la colpevolezza dell'agente sono in larga misura 'lo specchio giuridico' di criteri di attribuzione della responsabilità praticati nella *vita di tutti i giorni*. Ad esempio, secondo il senso comune, il rimprovero più grave che si possa muovere a chi ci ha recato un torto suona in termini sostanzialmente equivalenti al concetto giuridico di dolo: 'lo hai fatto apposta'. E se il destinatario del rimprovero si difende dicendo: 'non intendevo farlo: non ci ho proprio pensato', la vittima del torto spesso replicherà formulando un rimprovero che, in termini giuridici, può ricondursi al concetto di colpa: "non ci avrai pensato, ma potevi stare più attento"»[359].

Data la centralità dell'argomento per la presente trattazione, non ci si può qui esimere dallo sviluppo di alcune ulteriori considerazioni, volte a restituire un quadro più completo e più preciso.

A conferma di quanto poco sopra sostenuto e che vale senz'altro in linea generale, si può constatare come quello relativo alla maggior gravità della responsabilità dolosa sia un punto di vista che supera i confini di uno specifico ordinamento, trovando infatti riscontro anche nell'ambito di sistemi sensibilmente diversi dal nostro, persino spingendosi oltre il mondo "occidentale", dove, a dispetto delle significative differenze culturali "di fondo", è comunque possibile talvolta riscontrare un approccio "tecnico" per certi versi meno distante rispetto a quello di alcuni Paesi geograficamen-

---

l'«omicidio stradale», che hanno associato a fatti qualificati come colposi livelli sanzionatori di eccezionale severità: «la reclusione sino a 30 anni», la quale «di fatto ha scardinato completamente il rapporto di gravità ed offensività tra delitti dolosi e colposi». Si potrà entrare adeguatamente nel merito di una considerazione del genere solo più avanti nel corso di questa trattazione, in particolare ove i dettagli dell'argomento verranno affrontati da vicino, ma è interessante notare ora come, per l'Autore, «in ossequio ad una presunta richiesta di criminalizzazione da parte dell'opinione pubblica», si sia pervenuti a un significativo sacrificio di elevate istanze ordinamentali, cioè a un «grave pregiudizio per i principi di proporzione e ragionevolezza».

[359] G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 350.

te e ideologicamente ben più vicini. Ad esempio, nel codice penale cinese si prevede esplicitamente che la responsabilità penale possa essere sostanzialmente per dolo (definito nell'art. 14) oppure per colpa (definita nell'art. 15, in cui vi è peraltro un riferimento alla necessaria previsione legislativa di tale forma di responsabilità), ma non per responsabilità oggettiva (art. 16). Dove prevista, la responsabilità colposa è normalmente accompagnata da un trattamento sanzionatorio più mite rispetto a quello per il corrispondente illecito doloso[360].

Guardando alla tradizione di *common law*, in cui, come è noto, alle forme più immediatamente riconducibili al dolo e alla colpa, ossia *intention* e *negligence*, si frappone la *recklessness*, è assodato che si tratti di figure di colpevolezza di grado diverso: «Intention, recklessness and negligence imply different degrees of "fault" in the criminal law». La scalarità di queste figure sarebbe apprezzabile in termini di «rimproverabilità»: «blameworthy» sarebbero gli illeciti penali intenzionali; meno («less so») quelli realizzati con *recklessness* e ancora meno («still less») quelli in cui sia presente non più che la *negligence*[361].

Proprio i riferimenti alla rimproverabilità, da intendersi comunque in senso normativo, suggeriscono però alcune precisazioni che, per quanto non certo inedite in dottrina, è bene in questa sede richiamare, anche perché consentono di mettere ulteriormente in luce una premessa utile alla comprensione di alcune ipotesi di imputazione colpevole differenziata, in particolare quelle «in senso ampio», in cui le interazioni tra dolo e colpa si possono apprezzare oltre il piano selettivo "forte" della tipicità.

Aver precedentemente accolto la prospettiva sistematica in favore della doppia collocazione di dolo e colpa, consente ora di arri-

---

[360] Si veda W. Luo, *The Amended and Annotated Criminal Code of the People's Republic of China with Official Interpretations*, 2ª ed., Buffalo, Hein, 2012, p. 15, in particolare nota 17, ove una conferma di quanto appena affermato nel testo: «Criminal liabilities normally are lighter for the crimes committed negligently. The provisions of this law referring the crimes committed negligently are Articles 115, 119, 124, 233, 235, 324, 370, 398, 425, and 432».

[361] In questi termini una delle opere didattiche (e, al contempo, di approfondimento) più riconosciute: D. Ormerod, K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, cit., p. 113.

vare rapidamente al punto della questione. La volontà del comportamento e dell'evento «che si studiano in sede di illecito sono certamente alla base della corrispondente (quando c'è) colpevolezza dolosa, e quindi la condizionano attraverso la valutazione sociale secondo cui, in genere, l'autore doloso è più colpevole dell'autore colposo del medesimo fatto oggettivo»: un giudizio, appunto, «tributario del 'peso', del disvalore sociale e generale dello stesso illecito doloso». «Ma quella stessa offesa intenzionale (l'illecito doloso), si badi, è compatibile sia con l'assenza di colpevolezza nel suo autore (es., perché non imputabile o in errore inevitabile sul precetto), sia con un rimprovero sostanziale di colpa (es., in caso di errore sulle scriminanti determinato da colpa), e sia anche, infine, con una colpevolezza dolosa persino meno grave di certe forme di colpevolezza inerenti ad un illecito colposo: l'aver cagionato con dolo (tipicità soggettiva) d'impeto (elemento della colpevolezza dolosa), senza precedenti penali, la perdita di due denti nella persona del violentatore e assassino della propria figlia (circostanze di valutazione della colpevolezza dolosa), difficilmente potrà soggiacere ad un rimprovero personale e sociale più intenso (*ex* art. 133 CP) di quello che colpisce il falso e sedicente medico dentista che, esercitando abusivamente la professione, cagiona per imperizia grave e con recidiva specifica lo *stesso risultato* in un paziente»[362].

Ciò, come detto, non priva di bontà la constatazione di un generale maggior disvalore del comportamento di chi mette in discussione frontalmente i valori dell'ordinamento[363]; semplicemente, se

[362] M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 550 e 551.

[363] Si tratta, effettivamente, di modalità diverse di porsi nei confronti delle norme e soprattutto dei beni giuridici, come chiarito già da K. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, cit., p. 177. Per ulteriori riferimenti alla dottrina tedesca, si veda W. Hassemer, *Le caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 488 ss., in particolare p. 488, ove la centralità nel dibattito della posizione di Engisch trova conferma.

Nella dottrina italiana, a livello monografico, in particolare, S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 295: «La valutazione più grave che di regola viene riservata all'atteggiamento doloso, sia sotto il profilo dell'*an* come del *quantum* della punibilità, si giustifica proprio perché il reo che agisce con dolo – al contrario di quello colposo – non offende soltanto l'interesse protetto, ma nega al contempo la norma posta allo scopo di tutelarlo». In linea con quanto finora qui sostenuto è anche la considerazione dello stesso Autore per cui «la legittimità

di assioma si può efficacemente parlare, facendo leva sull'intuitività del concetto, in ogni caso non si tratta di un dogma, ossia di una verità indiscutibile, perché, in casi particolari, la tendenza generale può ben essere financo invertita[364]. È per questo che non si può accogliere, più che altro per la sua nettezza, l'autorevole opinione per la quale, proprio «sul piano della colpevolezza», «l'agente doloso è sempre più rimproverabile di quello colposo, perché l'uno, a differenza dell'altro, mette in discussione la validità precettiva della norma giuridica, contestandone l'efficacia quale criterio direttivo della condotta nel "suo" personale caso, e, per questa via, attenta alla stabilità dell'ordinamento»[365]. Radicalizzando questa logica, che pure coglie un aspetto innegabile, si rischia di privilegiare venature imperativistiche del diritto penale rispetto a profili di colpevolezza individuale, che dovrebbero invece avere un peso più significativo.

L'impostazione dottrinale appena richiamata è invece piena-

---

di questa conclusione deriva dalla stessa diversità già in sede di tipicità – oltre che al livello della colpevolezza – delle due forme di realizzazione colpevole». Diffusamente anche G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., pp. 3 ss. e 15 ss., il quale, come l'Autore appena sopra citato, si occupa anche e soprattutto di misurare la tenuta della decisione dell'agente nei confronti del bene giuridico con riferimento al dolo eventuale.

Nella manualistica, ad esempio, F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., p. 277, per cui al reo doloso viene rimproverato «di essersi deliberatamente posto contro l'ordinamento», cioè un atteggiamento di «"ostilità" ai valori dell'ordinamento» stesso, mentre nei casi di responsabilità colposa ciò su cui cade l'accento è il «non aver "controllato" il pericolo per i beni giuridici», quindi «(non già l'"ostilità", bensì) l'"insensibilità" nei confronti dei valori dell'ordinamento»; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 368, per cui, oltre a costituire «un *elemento costitutivo del fatto tipico*», il dolo rappresenta «la *forma più grave di colpevolezza*», nel senso che – anche qui è evidente un approccio tutt'altro che "tecnocratico", ma, piuttosto, in linea con le *Kulturnormen* – «chi agisce con dolo aggredisce il bene protetto in maniera più intensa di chi agisce con colpa; e la maggiore carica aggressiva dell'azione dolosa viene percepita non solo dalla singola o dalle singole vittime del fatto delittuoso, ma anche dalla collettività la quale, sentendosi tanto più minacciata quanto più l'attacco ai suoi beni dipende da una decisione volontaria del delinquente, disapprova con corrispondente maggiore intensità le lesioni provocate in maniera intenzionale».

[364] In questo senso, si veda anche P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, cit., p. 45, il quale, in "dialogo" con la peculiare posizione del Carrara in argomento, si premura di precisare che «*generalmente* ed *astrattamente* il dolo è più grave della colpa, a prescindere dalla graduazione dell'uno come dell'altra in sede di valutazione – questa sì in concreto e caso per caso – della colpevolezza intesa in senso normativo».

[365] T. Padovani, *Diritto penale*, cit., p. 246.

mente condivisibile nel momento in cui evidenzia la possibilità di una maggior pericolosità del reo colposo. Al riguardo, viene fatto l'esempio del contesto stradale, in cui si può pensare a un soggetto incline a «violare sistematicamente le più comuni regole della circolazione stradale», così da diventare, effettivamente, «una sorta di "mina vagante"»[366].

A ben vedere, rispetto a simili agenti, il concetto di pericolosità, che richiama una prospettiva preventiva più che strettamente retributiva, assume un'intensità significativa non limitata a un contesto spazio-temporale particolarmente definito, potendo ripetersi per un numero indeterminato di volte l'esposizione a minaccia dei beni giuridici interessati. Ma, anche guardando al singolo episodio, si potrebbe fondatamente sostenere che, in un certo senso, può di fatto ben essere più pericoloso (e più dannoso) l'agente colposo, perché si tratta di un soggetto che, non indirizzando la propria volontà precisamente verso un obiettivo illecito, con le proprie inosservanze cautelari, può coinvolgere pregiudizievolmente anche un numero (più) elevato di persone.

Per rimanere in ambito stradale, si pensi alla potenzialità dannosa della condotta per nulla "malevola" di chi tenga una velocità smisurata in zone urbane, magari in prossimità di un istituto scolastico, rischiando così di travolgere mortalmente più pedoni contemporaneamente. Nel caso di investimento deliberato di un pedone[367], invece, l'agente "calpesta" in modo più radicale i valori dell'ordinamento, ma la pericolosità complessiva del fatto per beni giuridici omogenei può ben essere più contenuta, perché, a fronte di una strumentalizzazione del mezzo finalizzata a trasformarlo in una vera e propria arma, un (almeno tendenzialmente) più pieno controllo del decorso causale potrebbe avere l'implicazione di circoscrivere selettivamente la portata offensiva, "limitando i danni" ed even-

[366] T. Padovani, *Diritto penale*, cit., p. 246; analogamente, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 327.

[367] Non si tratta, ovviamente, di ipotesi di pura fantasia, dato che, anche senza estendere lo sguardo alle azioni terroristiche, di recente, gli organi di stampa hanno diffuso la notizia di casi del genere: *Tifosi investiti a Potenza: l'accusa è di omicidio volontario. «Violenza tribale, è stato un agguato»*, in *www.ilmessaggero.it*, 20 gennaio 2020.

tualmente esaurendo l'intera carica criminosa dell'agente, come nel caso dell'«uomo mite e paziente che uccide il proprio persecutore dopo anni di provocazioni» e che «verosimilmente non sarà più indotto ad iniziative criminose»[368].

Le precisazioni fatte nei capoversi precedenti mirano a far emergere le sfumature meno scontate del rapporto tra l'idea tradizionale – qui ribadita – di meritevolezza di maggior pena dell'illecito doloso rispetto a quello colposo e il possibile atteggiarsi, in concreto, di fatti dolosi e colposi in termini peculiari rispetto alla tendenza generale. Quello che importa ora stabilire è se si tratti di particolarità da valorizzare già a livello di pena in astratto, consentendo una continuità tra le cornici edittali, un "contatto" tra i limiti di esse oppure ancora, addirittura, una più ampia area di sovrapposizione: il che riporta il discorso al quesito che si è qui affacciato poco fa sul livello sufficiente di differenziazione del trattamento sanzionatorio.

Come è emerso cimentandosi con il tentativo di trovare una soluzione a casi come quello dell'appannamento delle differenze tra dolo e colpa nell'ambito dei reati sessuali interessati sul piano della tipicità dalla disciplina dell'art. 609-*sexies* c.p., non è affatto agevole riscontrare criteri guida univoci nel diritto positivo vigente. Forse si può partire constatando che ci sono opzioni come quella privilegiata rispetto all'omicidio o alle lesioni personali, in cui la differenza tra dolo e colpa è astrattamente valutata tale da giustificare una "frattura" tra le rispettive cornici edittali[369].

---

[368] Per questo esempio, T. Padovani, *Diritto penale*, cit., p. 246. Per un esempio analogo (incentrato su uno stimato medico tedesco, dalla vita irreprensibile, che, divenuto sempre più intollerante della moglie, la uccide), impiegato per poi argomentare sulle funzioni della pena, G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., pp. 10 e 11.

[369] Sulla «discontinuità negli spazi di commisurazione della pena», si veda, in particolare, D. Pulitanò, *La misura delle pene*, cit., p. 56 ss., il quale, pur ravvisando in entrambi i casi una sollecitazione di parametri costituzionali quali quelli degli artt. 3 e 27 Cost., distingue tra «discrezionalità discontinua», ossia una «discontinuità nella scala delle scelte sanzionatorie consentite al giudice in sede di commisurazione della pena per un dato reato» (p. 56) e «*discontinuità o frattura negli spazi edittali*», intesa come «discontinuità irrazionale fra le cornici edittali previste per fattispecie relative a fatti che presentano un *continuum* di possibili graduazioni di disvalore», essendo irrilevante, «rispetto alla sostanza del problema, se si tratti di rapporto fra figure autonome di reato, o fra una figura base e un'ipotesi qualificata come circostanza» (p. 57). In questo mirabile studio, i riferimenti alle lesioni e

Per ciò che riguarda le lesioni personali, è peraltro opportuno precisare che si tratta di un assetto recente, perché le cornici edittali delle ipotesi base prima si "toccavano". Esse sono state distanziate tramite un intervento eccentrico nell'ambito della riforma della disciplina della responsabilità colposa stradale (l. 23 marzo 2016, n. 41, su cui è incentrata una parte della presente trattazione), così da lasciare quantomeno un "interstizio", per quanto più che altro simbolico (3 mesi di reclusione di scarto) – ma il messaggio non si può comunque ignorare – tra il massimo concepito per le lesioni colpose e il minimo previsto per quelle dolose.

Si è già visto, però, come esistano anche soluzioni diverse, ad esempio quella a cui ha fatto ricorso il legislatore nel disciplinare a livello codicistico i delitti ambientali, disponendo cioè, nell'art. 452-*quinquies* c.p., una riduzione «da un terzo a due terzi» delle pene previste per le versioni dolose di inquinamento ambientale e disastro ambientale, con l'effetto di dare vita a cornici edittali autonome rapportate a quelle "ordinarie" come se si trattasse, di fatto, di ipotesi di tentativo[370]. In relazione a entrambe le figure di reato ambientale menzionate, le cornici edittali che si ottengono per disciplinare le corrispondenti versioni colpose evidenziano chiaramente la presenza di una porzione comune di pena astratta nonostante la riduzione. Addirittura, il massimo così previsto per il fatto colposo raggiunge un valore esattamente doppio a quello del minimo contemplato per il fatto doloso. È così in entrambi i casi perché, nonostante il disastro ambientale sia punito (con la reclusione da 5 a 15 anni) molto più severamente dell'inquinamento ambienta-

---

all'omicidio non contemplano la differenza di pena "esterna" tra fattispecie dolosa e fattispecie colposa, ma si soffermano sulla possibilità che le circostanze aggravanti incidano sui limiti edittali «in modo da aprire buchi neri nella scala delle possibili scelte sanzionatorie» (p. 57). Si intuisce che le riflessioni critiche formulate si potrebbero forse estendere anche al rapporto tra cornici edittali differenziate sulla base del (solo) criterio di imputazione colpevole, dipendendo ciò dalla possibilità di giustificare o meno una continuità di disvalore tra fatto doloso e fatto colposo.

[370] Per "istruzioni operative" su come ricavare la pena nei casi di tentativo, cioè – ma non si tratta dell'unica lettura affacciatasi – procedendo a una diminuzione di un terzo del massimo edittale e di due terzi del minimo, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, a G. Fornasari, *Art. 56*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 359.

le (per cui è prevista la reclusione da 2 a 6 anni, oltre che la multa da 10.000 a 100.000 euro), il rapporto tra massimo e minimo della sanzione detentiva è sempre del triplo.

Una versione "forte" dell'assioma della meritevolezza di maggior pena del fatto doloso rispetto al fatto colposo pretenderebbe forse una netta separazione o quantomeno non più che una continuità tra le cornici edittali e ciò consentirebbe comunque al legislatore, al di là, appunto, del vincolo relazionale e – si deve aggiungere – di quello della non sproporzione intrinseca, di modulare i compassi sanzionatori con una certa discrezionalità.

Pure il giudice non sarebbe del tutto privo degli strumenti per equilibrare il trattamento. Ancorché riferito esplicitamente alla dimensione "interna" di dolo e colpa nel n. 3 del suo comma 1, l'art. 133 c.p.[371] permette spesso di dare conto dell'eventuale peculiarità di taluni casi, contribuendo a una sanzione concreta per il fatto colposo potenzialmente uguale se non più alta di quella effettivamente applicata a corrispondenti fatti dolosi, grazie pure all'apporto decisivo (per quanto eventualmente anche solo minimo, in particolare quando le cornici edittali si "toccano") delle circostanze, stante la loro capacità persino di «*stravolgere* il quadro edittale previsto per il reato semplice»[372].

Proprio alla luce del possibile ruolo delle circostanze[373], se si dovesse garantire in ogni caso l'"irraggiungibilità" dei livelli sanzionatori possibili rispettivamente per il fatto doloso e per il fatto colposo, la dilatazione "razionalizzante" delle aree sanzionatorie potrebbe, di fatto, anche svilupparsi "verso l'alto", cioè nel senso di un aumento di pena: un esito non così improbabile nell'epoca contemporanea e che potrebbe creare, in definitiva, più problemi di quelli che mira a risolvere.

---

[371] Quanto alla valutazione del reato colposo (anche) nel quadro del comma 2 dell'art. 133 c.p., di recente, M. Zincani, *Art. 133*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 689.

[372] F. Basile, *L'*enorme potere *delle circostanze sul reato e l'*enorme potere *dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss., in particolare p. 1745 ss. (p. 1476).

[373] Il discorso sarebbe in parte diverso qualora venisse accolta la proposta di riforma avanzata da G. de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 248 ss., in particolare p. 252 ss., per cui sarebbe opportuno collocare le «circostanze ad efficacia comune» sul piano della commisurazione della pena in senso stretto.

Ciò che è fondamentale è non appiattire completamente le differenze che, già in astratto, quantomeno rispetto ai delitti, sono tendenzialmente percepibili. È vero che anche partendo da cornici edittali unitarie si potrebbe lo stesso disporre di qualche margine di "manovra" per trattare diversamente un fatto doloso rispetto a uno colposo o parzialmente colposo, come è tipico delle ipotesi di imputazione colpevole differenziata. Tuttavia, sembra possibile sostenere che quello sarebbe (anzi, spesso, è già) un livello di (non) implementazione[374] inaccettabile del principio di proporzione e degli altri principi costituzionali che si collocano nella sua orbita, in quanto non si limiterebbe a consentire una concreta calibratura dell'assioma qui trattato, ma si risolverebbe in una sua evidente negazione, dimentica peraltro del fatto che la proporzione sanzionatoria in concreto non può che essere *direttamente proporzionale* – il gioco di parole è decisamente voluto – alla proporzione garantita già in astratto.

Pare possibile affermare che quanto appena osservato è in linea con le considerazioni precedenti sul carattere non strettamente commutativo della giustizia penale a livello sanzionatorio nonché sulla (parzialmente) ineliminabile discrezionalità legislativa quale valore istituzionale bilanciabile con quello della proporzione, come chiarito dalla Corte costituzionale. Proprio la ragionevole impossibilità di ridurre il discorso delle cornici edittali a una questione di rigide formule matematiche da replicare un po' dappertutto nel sistema penale lascia pensare che sia valido il suggerimento di quelle voci dottrinali capaci di guardare alla materia da un punto di vista

[374] Sulla pluralità di livelli di implementazione del principio di proporzione, V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2109, compresa la nota 12: «ad alcuni principi (penalistici) si è riconosciuto uno statuto di inderogabilità, negando che possano essere esposti a bilanciamenti con eventuali interessi contrapposti, ancorché di rilievo costituzionale (così, ad esempio, le sentenze nn. 393 e 394 del 2006, ma anche la sentenza n. 236 del 2011 con riferimento al principio di irretroattività; così pure, in relazione al principio di colpevolezza, la sentenza n. 322 del 2007), altri, invece, sono ritenuti compatibili con deroghe "ragionevoli"». L'Autore, pur giudicando «una svolta significativa» quella della Corte costituzionale in occasione della citata sentenza n. 236 del 2016, ravvisa, al contempo, per ciò che riguarda l'irragionevolezza «tutta interna al giudizio di meritevolezza di pena», il riconoscimento di «uno statuto ancora debole del *proportionality check* in materia penale, chinato sul riscontro di un *minimum of rationality* e divergente rispetto allo *strict scrutiny* che comincia ad essere richiesto in altri casi».

forse più "distaccato", ma non per ciò meno lucido, per cui si dovrebbe più realisticamente muovere da un approccio essenzialmente negativo alla proporzione sanzionatoria, limitandosi cioè a respingere le punizioni manifestamente sproporzionate[375]: almeno nel contesto dell'imputazione colpevole differenziata, anche "solo" ciò consentirebbe spesso di compiere un passo in avanti.

Sia consentito aggiungere giusto una precisazione ancora prima di passare a esplicitare meglio le coordinate costituzionali del principio di proporzione in ambito punitivo.

Il livello della tipicità, come si dirà meglio e come in parte già si è visto richiamando il ruolo dell'art. 5 c.p. nei reati a struttura fattualmente poco pregnante (come parecchie contravvenzioni), e quindi la cornice edittale che gli corrisponde possono non bastare a garantire una piena rappresentatività della colpevolezza in senso stretto. Detto altrimenti – ma si avrà comunque modo di vederlo ulteriormente, in particolare affrontando la putatività e l'eccesso nelle scriminanti – può ben essere che un fatto tipico realizzato con dolo esprima una colpevolezza più propriamente colposa.

In alcuni di questi casi, in particolare in quelli di «delitto contravvenzionale» (nel senso già chiarito), solo aprendo alla *Vorsatztheorie* si otterrebbe l'effetto di eliminare in radice la predetta possibile dissociazione tra tipicità e colpevolezza, rendendo così proporzionate cornici edittali eventualmente concepite per realizzazioni pienamente dolose. In alternativa, si potrebbe recuperare proporzione al di fuori della cornice edittale, assegnando al giudice la possibilità di diminuire la pena in relazione a profili di conoscenza effettiva della norma, come notoriamente si prevede nell'ordinamento tedesco *ex* § 17 StGB[376]: una soluzione che presenta però

---

[375] Questo punto di vista («we should not seek to do more than rule out manifestly disproportionate punishments») è stato di recente ribadito, con particolare riferimento alla «retrospective proportionality», da uno dei più autorevoli filosofi del diritto penale contemporanei, Antony Duff, all'*International Workshop* su *Effectiveness and Proportionality – Modern Challenges in Security Law and Criminal Justice*, tenutosi presso il Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht di Freiburg im Breisgau nei giorni 17 e 18 ottobre 2019 e al quale chi scrive ha assistito.

[376] In argomento, si rinvia al commento di U. Neumann, § 17, in U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, cit., p. 841 ss., in particolare pp. 881 e 882, dedicate appunto alla *Fakultative Strafmilderung*.

l'inconveniente di tenere relativamente ampio il perimetro della punibilità.

In altri casi, come quelli che riguardano le scriminanti, si vedrà che una fattispecie parzialmente colposa (quindi a imputazione colpevole differenziata), con autonoma cornice edittale, potrebbe rappresentare la soluzione più adeguata, correggendo le attuali storture prasseologiche sia sull'*an* che sul *quantum* della punibilità; storture particolarmente evidenti rispetto all'esercizio putativo del diritto di cronaca. Dove la responsabilità colposa concorrente è prevista e dovrebbe trovare applicazione, come nei casi di legittima difesa, che si riferisce essenzialmente alle lesioni personali e all'omicidio, puniti "a doppio titolo", la legge già consentirebbe un proporzionato ricorso alle cornici edittali, vanificato però da consolidati orientamenti giurisprudenziali tali da appannare il significato colposo del rimprovero.

4.2.3. *Confronto con una possibile obiezione sull'impronta retributiva del discorso attento alla proporzione: precisazione sulle funzioni della pena e sulle coordinate costituzionali della proporzione tra colpevolezza e pena*

Il discorso finora sviluppato sulla proporzione tra profili relativi alla colpevolezza e pena deve essere messo al riparo dal rischio di un possibile fraintendimento.

L'approccio costituzionalmente orientato che si è seguito convintamente finora dovrebbe indurre a non dubitare del fatto che l'ampia attenzione qui rivolta a questioni di proporzione non sia funzionale a soddisfare con la maggior precisione possibile un ideale di giustizia retributiva nella nota accezione kantiana e poi hegeliana. Il principio personalistico, qui assunto a lente d'osservazione delle fenditure del sistema penale, rende evidentemente distante la prospettiva di chi scrive dall'accoglimento di una teoria «assoluta», incentrata sul concetto di «pena giusta» da imporre a prescindere da qualsiasi fine[377].

[377] La tradizione dottrinale nostrana ha potuto contare su sviluppi raffinati della concezione retributiva, tra cui si ricorda spesso quello di Giuseppe Bettiol, «il più insigne rappresentante del retribuzionismo in Italia»: così M. Ronco, *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario*

A ben vedere, il finalismo rieducativo quale "propulsore" del principio di colpevolezza (e quindi di quello personalistico) assume un ruolo persino identitario nell'economia della presente trattazione. Basti pensare all'evoluzione che nel nostro ordinamento vi è stata – *rectius*: è iniziata – riguardo alla responsabilità oggettiva e che è alla base della "storia" di diverse ipotesi di imputazione colpevole differenziata e della loro tematizzazione.

Emancipata dai connotati eticizzanti che le conferirebbe l'aggancio alla retribuzione come fondamento della pena e non quale semplice criterio di misura, la proporzione sta incontrando nell'epoca contemporanea una particolare sintonia con la prevenzione, secondo la narrazione per cui la pena «giusta» sarebbe un (efficace) mezzo più che un fine[378]. Un'idea non nuova, a dire il vero, presente, ad esempio, già in Beccaria, che la declinava essenzialmente sul piano della prevenzione generale: «Non solamente è interesse comune, che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli, che risospingono gli uomini dai delitti, a misura che sono contrari al ben pubblico, ed a misura delle spinte che ve li portano. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene». «Se una pena eguale è destinata a due delitti che disugualmente

---

della morte, in *Criminalia*, 2007, p. 160; contributo a cui si rinvia per dettagliate citazioni del Maestro patavino, che partecipò all'Assemblea Costituente e quindi al dibattito sulla formulazione dell'art. 27 Cost., proponendo peraltro, insieme a Giovanni Leone, un emendamento (evidentemente non approvato) nel senso di prevedere che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolino il processo di rieducazione morale del condannato» (p. 161, nota 85).

[378] Nella manualistica tedesca, si vedano, ad esempio, H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, in particolare p. 77, ove si rileva la centralità nel Reichsstrafgesetzbuch del 1871 del principio guida «prevenzione generale mediante giusta retribuzione» («Generalprävention durch gerechte Vergeltung»), quale sintesi tra le concezioni retributive di Kant e di Hegel e quella generalpreventiva di Feuerbach.

Come è noto, anche questa versione della retribuzione ha incontrato ferme opposizioni: nella dottrina italiana, per tutti, L. Eusebi, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss., in particolare p. 1170, in cui si rileva peraltro che «anche nell'ottica della prevenzione mediante retribuzione la colpevolezza ha costituito vero e proprio *fondamento*, e non solo limite, della prassi punitiva».

offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio»[379].

L'ultima parte del ragionamento di Beccaria sembra riferirsi più che altro agli illeciti dolosi, quelli a cui, effettivamente, si associa in termini più "naturali" la prevenzione generale. Un appannamento delle differenze tra dolo e colpa, in particolare se nel senso di privilegiare sempre una risposta sanzionatoria tarata sul primo, rappresenta comunque una sproporzione e questa può non essere irrilevante sul piano specialpreventivo. La peculiarità del nostro contesto giuridico risiede proprio nel cogliere i rapporti tra proporzione e finalismo rieducativo, di cui la prima rappresenterebbe un «corollario»[380].

Si tratta ormai di un *topos* anche della giurisprudenza costituzionale, come testimonia, tra le altre, la già citata sentenza n. 236 del 2016, in cui si legge che «la finalità rieducativa della pena, nell'illuminare l'astratta previsione normativa, richiede "un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra" (sentenza n. 251 del 2012 e, ancora, sentenza n. 341 del 1994), mentre la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale produce "una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione" (sentenza n. 343 del 1993)»[381].

L'idea appena tratteggiata trova corrispondenza nel dibattito dottrinale specialmente con riferimento alla colpevolezza, della quale da tempo è stata messa a fuoco una dimensione «fondante» e una

---

[379] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 79. Per una rilettura contemporanea di tale prospettiva, L. Picotti, *Il principio di proporzione fra delitti e pene quale limite di legittimazione del potere punitivo nel pensiero di Cesare Beccaria*, in Id., *Alle radici del diritto penale moderno. L'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 63 ss.

[380] Così, ad esempio, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 75, ma si veda anche p. 201, ove l'esigenza di una rapporto di proporzione tra colpevolezza e pena è agganciato, più generale, già alla personalità *ex* comma 1 dell'art. 27 Cost.

[381] Corte cost., 21 settembre 2016, n. 236, cit., punto 4.2 del «Considerato in diritto».

«graduante» («Schuld als einem Kriterium der Strafbegrenzung»)[382], quest'ultima resa evidentemente possibile dall'accoglimento di una concezione normativa della colpevolezza stessa, della quale indubbio punto di riferimento è l'efficace illustrazione di Reinhard Frank in un celebre saggio del 1907[383].

I riflessi del grado della colpevolezza sulla pena sono stati considerati, a ben vedere, in una duplice dimensione, l'una funzionale all'altra: da un lato, parlando di commisurazione della pena alla colpevolezza in senso eventualmente anche solo "statico", limitandosi cioè a individuare la pena "corrispondente" alla colpevolezza (*Strafzumessungsschuld*); dall'altro lato, preferendo accentuare la polifunzionalità della sanzione penale, assumendo quindi la pena proporzionata alla colpevolezza come un limite di garanzia alla prevenzione, tanto generale quanto speciale, entrambe in grado di condurre altrimenti il "trattamento" del soggetto verso orizzonti sconfinati[384].

---

[382] Per tutti, C. Roxin, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1973, p. 318 ss. (p. 318).

[383] R. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Gießen, Töpelmann, 1907.

[384] Per un quadro del polifonico dibattito in argomento, nel quale, peraltro, il concetto di colpevolezza talvolta si estende fino ad apparire anche sinonimico di quello di responsabilità penale, tra i contributi fondamentali della dottrina di lingua tedesca, G. Stratenwerth, *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen, Mohr, 1972; C. Roxin, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, cit., in particolare p. 318 ss.; H. Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, Schweitzer, 1974, p. 2 ss.; T. Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, in particolare p. 36 ss.; W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, cit., pp. 45 s. e 71 ss.; W. Frisch, *Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, p. 249 ss., a cui si rinvia per un approfondimento della tesi circolata soprattutto nella dottrina tedesca per cui il principio di proporzionalità potrebbe persino sostituire quello di colpevolezza.

Nella dottrina italiana, anche qui considerando prospettive tra loro anche molto differenti (persino antitetiche), ad esempio, G. Bettiol, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in Id., *Scritti giuridici*, II, Padova, Cedam, 1966, in particolare pp. 614 e 615; G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 481; E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., in particolare pp. 257 ss. e 334 ss.; L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, Jovene, 1984, in particolare p. 112 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., in particolare pp. 838 ss. e 878 ss.; T. Padovani, *Teoria della colpevolezza*, cit., p. 798 ss., in particolare p. 832 ss.; F. Bricola, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, in par-

Non potendo trovare spazio in sede di commisurazione della pena spinte iperpunitive motivate dalla prevenzione generale, le quali – la considerazione è più che consolidata, facendo parte del "patrimonio genetico" del diritto penale liberale – finirebbero per strumentalizzare la posizione di un singolo individuo al fine di "comunicare" con il resto della comunità civile[385], si è imposta, piuttosto e condivisibilmente, l'idea che la pena proporzionata alla colpevolezza possa essere eventualmente derogata "verso il basso", facendo cioè prevalere istanze specialpreventive (di rieducazione) sulla c.d.

---

ticolare p. 22 ss.; G. Vassalli, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, Treccani, 1988, p. 18 ss.; L. Eusebi, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, Morcelliana, 1990, in particolare pp. 127 ss. e 145 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 88 ss.; in una prospettiva rivolta al sistema di *common law*, G. Mannozzi, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, Cedam, 1996; M. Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, Giappichelli, 1996, in particolare p. 202 ss.; Id., *Cenni storici sulla colpevolezza «fondante» e sulla colpevolezza «graduante»*, in *Ind. pen.*, 2011, p. 7 ss.; P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, cit., in particolare p. 187 ss.; R. Bartoli, *Colpevolezza*, cit., in particolare pp. 8 ss. e 17 ss.; L. Tumminello, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 63 ss. e 108 ss.; M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., in particolare p. 1174 ss.; Id., *La personalità della responsabilità penale*, cit., in particolare p. 1611 ss.; G. Ruggiero, *La proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 33 ss.

Nella dottrina spagnola, ad esempio, J. Cerezo Mir, *Culpabilidad y pena*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1980, p. 347 ss.; B. Feijoo Sánchez, *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena*, in *InDret*, 1/2007; J.M. Silva Sánchez, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*, in *InDret*, 2/2007, in particolare p. 6 ss.

Nella dottrina dei Paesi di *common law*, ad esempio, D. Husak, *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 170.

[385] In questo senso, ad esempio, F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 89, per cui sarebbe «inammissibile una prevenzione generale che, in sede giudiziale, superi il ruolo di mera *Nebenwirkung*», cioè di effetto collaterale; E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., pp. 108 ss. e 219 ss.; T. Padovani, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 264 e 265; diffusamente in argomento, anche V. Militello, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 89 ss.

pena-colpevolezza[386]. Si tratta, evidentemente, di una frattura rispetto a ideali di inflessibile proporzione retrospettiva; frattura che potrebbe essere persino allargata, lasciando auspicabilmente spazio a logiche di giustizia riparativa, che non negano necessariamente dignità alla proporzione tra illecito e risposta dell'ordinamento, pur combattendone l'aggancio storico-filosofico al retribuzionismo, ma la declinano diversamente[387].

Ritenendo di aver così dimostrato che la presente trattazione non intende affatto proporre una prospettiva puramente retributiva, ci si può accingere a concludere questo itinerario sulla proporzione da dove esso è partito, cioè dalla digressione sulle questioni di personalità della responsabilità penale non automaticamente risolte dalla penetrazione nel nostro ordinamento del *nullum crimen sine culpa*.

Le riflessioni finora svolte, ancorché talvolta rapportate alla colpevolezza solo in termini generici, hanno comunque posto tutte le premesse necessarie per prendere definitivamente posizione in merito ai principi costituzionali sollecitati dal trattamento sanzionatorio di molte ipotesi di imputazione colpevole differenziata e ai parametri per la "giustiziabilità" delle relative violazioni. In accor-

---

[386] Ampiamente, E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., p. 176 ss.

[387] Sul tema, che non può essere qui sviluppato nemmeno per cenni, oltre a quello di M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., si vedano, tra i contributi degli ultimi anni, senza alcuna ambizione di esaustività, L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2015; M. Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, Giappichelli, 2017; G. Mannozzi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, Giappichelli, 2017; G. Mannozzi, voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 465 ss. (ancorché meno recente, della stessa si veda Ead., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2003); E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; D. Fondaroli, *Mille e non più mille: la riparazione pecuniaria e dintorni*, in *Arch. Pen.*, 2018, *Speciale riforme*, p. 159 ss. (a livello monografico, in precedenza: Ead., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, Giuffrè, 1999); C. Mazzucato, *Dalla parte di Caino per una giustizia riparativa*, Agrate Brianza, Centro Formazione e Lavoro A. Grandi, 2018; A. Provera, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, Jovene, 2018, in particolare p. 301 ss., ove un'interessante declinazione del tema rispetto ai reati culturalmente orientati; G. Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*. Nel caleidoscopio delle recenti riforme, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019.

do con un nutrito filone della dottrina italiana, si deve ravvisare un sostanziale contrasto con il principio di colpevolezza non solo nei casi di responsabilità senza nemmeno la colpa, ma anche nei casi di punizione sproporzionata rispetto alla colpevolezza, sia in astratto che in concreto[388]. Per agevolare il consolidarsi di questa prospettiva, sarebbe però forse opportuno chiamare in causa direttamente il principio di personalità della responsabilità penale, che esprime con minore ambiguità rispetto a quello di colpevolezza (che pure ne rappresenta una declinazione fondamentale), se non altro sul piano terminologico, l'idea che, per ragioni di garanzia, la quantificazione (prima edittale e poi commisurativa) della pena sia influenzata dall'ideale di realizzare una proiezione più fedele possibile dell'apporto del soggetto nella commissione del reato[389]: non necessaria-

[388] Tra coloro che propongono una simile lettura, pur con alcune diversità di accenti, si vedano, ad esempio, S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, cit. (1995), p. 712, nota 99, che parla di «estensione del principio di colpevolezza inteso come proporzionatezza tra fatto e pena»; S. Corbetta, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 157 ss., in particolare p. 166; (ampiamente) F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 811 ss.; Fr. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 297 ss.; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 329; nelle trattazioni sul dolo, in particolare G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., pp. 410 e 411. Si veda anche D. Brunelli, *Omicidio preterintenzionale aberrante*, cit., p. 2381, che ancora all'inizio del secolo in corso imputava a parte della letteratura penalistica un certo ritardo nel cogliere gli aspetti evidenziati nel testo: «la dottrina più attenta a superare le barriere giuspositivistiche del tecnicismo giuridico-penale, mentre si è impegnata a leggere giustamente nel principio di colpevolezza il divieto di responsabilità oggettiva, individuando nella colpa il limite inferiore invalicabile della responsabilità penale, non appare egualmente attenta e intransigente nel ricavare dallo stesso principio, letto alla luce del contiguo principio di ragionevolezza-eguaglianza, un secondo divieto, quello di realizzare forme di responsabilità penale (c.d. anomala) in cui il titolo non corrisponda al fondamento dell'imputazione».

Tra i manuali, quello che tematizza più compiutamente il problema della compatibilità di molte delle attuali ipotesi di imputazione colpevole differenziata col principio di colpevolezza con riferimento alla sproporzione sanzionatoria pare decisamente quello di G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 421 ss., in particolare p. 422, ove si sottolinea che molte fattispecie, nonostante la loro correzione interpretativa volta a sostituire la responsabilità oggettiva con la colpa, «comunque non superano tutti i problemi di compatibilità con il principio di colpevolezza: spesso si profila infatti una irragionevole sproporzione tra misura della pena prevista da queste norme e grado della colpevolezza».

[389] Si veda, per un'analoga scelta terminologica, peraltro più volte ribadita, ancorché non corredata da una esplicita motivazione comparabile a quella qui svi-

mente un punto di arrivo, come si è detto, ma, se non di partenza, sicuramente un valido punto di riferimento per non perdere l'orientamento. Per ciò, va guardato con favore a quelle pronunce della Corte costituzionale che, a differenza di non poche altre, parlando di proporzione non dimenticano il richiamo del comma 1 dell'art. 27 Cost., ma, piuttosto, lo affiancano a quello della funzione rieducativa. Del resto, la stessa costituzionalizzazione del principio di colpevolezza è stata storicamente sancita, nel 1988, facendo leva sul comma 3 dell'art. 27 Cost. per illuminare il significato del comma 1 e non certo estromettendo quest'ultimo, al quale va infatti riconosciuto un primato assiologico[390].

Vale la pena richiamare, in questo senso, un estratto della citata pronuncia n. 222 del 2018, che delinea condivisibilmente il quadro dei principi costituzionali e i parametri formali implicati: «Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la determinazione del trattamento sanzionatorio per i fatti previsti come reato è riservato alla discrezionalità del legislatore, in conformità a quanto stabilito dall'art. 25, secondo comma, Cost.; tuttavia, tale discrezionalità incontra il proprio limite nella manifesta irragionevolezza delle scelte legislative, limite che – in subiecta materia – è superato allorché le pene comminate appaiano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato. In tal caso, si profila infatti una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., giacché una pena non proporzionata alla gravità del fatto (e non percepita come tale dal condannato) si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa (*ex multis*, sentenze n. 236 del 2016, n. 68 del 2012 e n. 341 del 1994). Affinché poi la pena inflitta al singolo condannato

luppata nel testo, T. Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., p. 265, ove si afferma che proprio «il principio di personalità della responsabilità penale postula non soltanto il ricorso ai criteri di imputazione del fatto fondati su di un nesso personale con l'agente (*nullum crimen sine culpa*), ma anche l'uso di canoni di graduazione parimenti fondati su un tale tipo di valutazione. E la funzione minima che la colpevolezza è in ogni caso chiamata a svolgere nella fase giudiziale si risolve in un *limite*, nel senso che la pena non può eccedere la gravità della colpa senza sganciarsi da un rapporto personalistico con l'autore del fatto».

[390] Tra i contributi fondamentali sui rapporti (diretti) tra il comma 1 dell'art. 27 Cost. e i profili di proporzione sanzionatoria, A. Alessandri, *Art. 27 1° comma*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione - Rapporti civili*, Art. 27-28, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1991, p. 42 ss.

non risulti sproporzionata in relazione alla concreta gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto da lui commesso, il legislatore stabilisce normalmente che la pena debba essere commisurata dal giudice tra un minimo e un massimo, tenendo conto in particolare della vasta gamma di circostanze indicate negli artt. 133 e 133-*bis* cod. pen., in modo da assicurare altresì che la pena appaia una risposta – oltre che non sproporzionata – il più possibile "individualizzata", e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato, in attuazione del mandato costituzionale di "personalità" della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost.»[391].

Nella pronuncia appena richiamata si riprendono diversi passaggi di altri precedenti della Corte, tra cui, per ciò che qui interessa, rileva soprattutto la sentenza n. 50 del 1980, ineludibile punto di riferimento quando si tratta dei profili di contrasto con la Costituzione di pene fisse. Già in tale occasione la Corte aveva messo a fuoco in modo convincente lo statuto costituzionale della proporzione: «L'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento contribuisce da un lato, a rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata", nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma, Cost. Il principio d'uguaglianza trova in tal modo dei concreti punti di riferimento, in materia penale, nei presupposti e nei fini (e nel collegamento fra gli uni e gli altri) espressamente assegnati alla pena nello stesso sistema costituzionale. L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statuale»[392].

Il fatto che la Corte costituzionale allora non sia stata davvero

---

[391] Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, cit., punto 7.1 del «Considerato in diritto».

[392] Corte cost., 2 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 725 ss. (pp. 735 e 736; punto 3 del «Considerato in diritto»), con commento di C.E. Paliero, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, p. 726 ss.

conseguente rispetto alle premesse poste[393] e che solo in seguito sia pervenuta a conclusioni (e quindi a dispositivi) più coerenti non vale a mettere in discussione la validità di un simile inquadramento costituzionale dei profili relativi alla proporzione. Ciò è dimostrato dal fatto che non solo la sentenza n. 222 del 2018, ma anche un'altra recente pronuncia che ha rilevato l'illegittimità costituzionale di una sanzione (amministrativa accessoria) fissa prevista dal c.d.s. vi abbia fatto esplicito riferimento, riproponendo letteralmente un passaggio del precedente del 1980: «In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono […] in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale; ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato»[394]. Proprio tenendo conto della necessità di proporzione della sanzione rispetto all'intero ventaglio di illeciti corrispondenti è stata dichiarata illegittima l'automatica applicazione della revoca della patente di guida prevista dall'art. 222, comma 2, 4° periodo,

---

[393] In concreto, era stata giudicata costituzionalmente legittima una pena fissa prevista per una contravvenzione in materia stradale, sussistente in caso di circolazione con un veicolo superante il consentito peso complessivo a pieno carico di oltre 30 quintali. Per ciò che qui più interessa, la Corte, in difformità rispetto alle premesse, aveva ritenuto irrilevante la preclusione della possibilità di valorizzare sul piano sanzionatorio anche le differenze di colpevolezza, in particolare la dolosità o colposità del fatto, osservando come ciò fosse normale per una contravvenzione, tanto più trattandosi di un illecito di pericolo, incentrato sulla «funzione preventiva o cautelare del divieto». Questa conclusione è stata opportunamente criticata da C.E. Paliero, *Pene fisse e Costituzione*, cit., pp. 742 e 743, per cui la Corte avrebbe dovuto dichiarare incostituzionale la sanzione in esame, in quanto una pena fissa sarebbe stata al più coerente con la logica della responsabilità oggettiva, ma né le contravvenzioni né gli illeciti di pericolo la implicavano: il che vale a maggior ragione oggi, a quattro decenni di distanza, non essendoci più dubbi significativi, almeno in linea teorica e in astratto, sul fatto che la responsabilità oggettiva contrasti con la Costituzione.

[394] Così Corte cost., 2 aprile 1980, n. 50, cit., punto 4 del «Considerato in diritto» e Corte cost., 19 febbraio 2019, n. 88, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1019 ss., con commento di C. Piergallini, *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli* self restraint *e imbarazzanti silenzi*, p. 1199 ss. Tra gli altri commenti della stessa pronuncia, ad esempio, G. Leo, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2019.

c.d.s., ravvisando nella sospensione della patente contemplata nei periodi 2° e 3° dello stesso comma 2 dell'art. 222 c.d.s. una possibile alternativa alla revoca della patente, che non è quindi più un esito inevitabile nei casi di condanna per omicidio stradale o lesioni personali stradali gravi o gravissime, a meno che non si tratti di fatti rilevanti *ex* commi 2 e 3 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.

Parte II

ALCUNE (ALTRE) IPOTESI PARADIGMATICHE DI IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA: DALLA COLPA RIFERIBILE ALL'EVENTO ALLA COLPA RIFERIBILE A UN DIVERSO ELEMENTO DELL'ILLECITO

Il privilegio nei confronti della tutela penale della persona: le ragioni di una (ulteriore) delimitazione del campo di indagine

Nel delimitare il campo di indagine da cui ricavare ipotesi paradigmatiche di imputazione colpevole differenziata, si può affermare, in via di prima approssimazione, che verrà privilegiata la tutela penale della persona: un concetto senz'altro proteiforme e potenzialmente molto più ampio di quanto si possa pensare in un primo momento.

Con l'avvento della Costituzione, le priorità della tutela penale possono concepirsi rovesciate, consentendo oggi di rileggere più convintamente in senso plurioffensivo non poche fattispecie collocate all'interno di titoli codicistici *prima facie* radicalmente eterogenei: ciò vale, ad esempio, nei delitti contro il patrimonio (rapina, estorsione), così come in quelli contro la pubblica amministrazione (concussione). La fisionomia "umanistica" che si cerca sempre più di scolpire sul "materiale grezzo" e a vocazione "violenta" del diritto penale, lungi dal far credere che il diritto punitivo sia (o debba essere) solo quello che tutela la persona, mette però al centro l'idea di essere umano. In questo senso, di recente, si è efficacemente osservato che «la concezione antropocentrica del diritto penale, ancora prevalente, sebbene non incontrastata, ha una forza di irradiazione che permea anche beni giuridici superindividuali, situati in altri titoli del codice penale (come l'incolumità pubblica) o disciplinati in

larga misura dalle leggi c.d. complementari, che molto spesso sussidiarie non sono (qui il riferimento esemplificativo è all'ambiente)»[1].

Privilegiare un concetto di tutela penale della persona in senso lato consentirà alla trattazione di risultare coerente anche quando si incontreranno istituti indubbiamente paradigmatici come quello dell'art. 116 c.p., che, non di rado, comporta una responsabilità per reati diversi rispetto a quelli collocati formalmente tra i delitti contro la persona (si pensi alla classica evoluzione del furto in rapina), così come è innegabile che non pochi reati aggravati dall'evento in cui pure la responsabilità è qualificata dalla lesione di beni individuali, segnatamente di vita e incolumità fisica, non siano collocati tra i delitti contro la persona[2].

La scelta della tutela della persona guida poi verso l'ambito delittuoso, dove le differenze tra dolo e colpa hanno normalmente pregnanza e riconoscimento in termini sanzionatori.

Quello della tutela della persona è inoltre forse l'unico settore che evoca indiscutibilmente una, seppur tendenziale, compatibilità col principio di *extrema ratio*: è il vero diritto penale "naturale", cioè – a scanso di equivoci – quello che conserva comunque una certa quota di irrinunciabilità. Anche per questo, la tutela penale della persona è il settore in cui più di tutti la comparazione è praticabile: l'oggetto della tutela è piuttosto omogeneo e non varia radicalmente a seconda dell'ordinamento prescelto, almeno confrontando sistemi dalla cultura complessivamente affine. È una *ratio* per certi versi speculare a quella che sta alla base della protezione dei diritti umani, per cui, infatti, gli orizzonti di tutela non si esauriscono certo entro i confini nazionali[3].

---

[1] F. Giunta, *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature*, in *Criminalia*, 2018, p. 195.

[2] Sui rapporti (e quindi sulla non coincidenza) tra tutela della persona umana e delitti contro la persona, per tutti, F. Palazzo, voce *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 294 ss. Per i concetti di «beni della personalità» e «tutela penale della personalità», si veda A. Manna, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, Cedam, 1989; Id., *Tutela penale della personalità*, Bologna, il Mulino, 1993.

[3] Sono più che note le "contaminazioni" che subiscono, per lo più in senso rafforzativo, i principi penalistici fondamentali per effetto della loro declinazione in sistemi giuridici "aperti" ed è altrettanto evidente come molti di questi principi siano suscettibili di una traduzione in termini di diritti umani. Per un'efficace ricostru-

La comparazione fa peraltro emergere che nei sistemi in cui si sono tipizzate forme di colpevolezza *ad hoc* (anche) nella parte speciale, ciò è avvenuto proprio nel contesto della protezione di interessi individuali, in particolare la vita e l'incolumità fisica. Come si dirà meglio nelle pagine conclusive della trattazione, tali forme di colpevolezza (ora approssimativamente qualificabili come) intermedie al dolo e alla colpa sembrano non di rado porsi in termini concorrenti, cioè di alternatività rispetto all'idea di imputazione colpevole differenziata. Si vedrà come si tratti effettivamente di approcci diversi alla problematica della disciplina di ipotesi di comportamenti non pienamente intenzionali rispetto al complesso dei profili di disvalore, ma che potrebbero persino integrarsi in taluni casi.

---

zione di questo quadro, V. Manes, *I principi penalistici nel* network *multilivello, trapianto palingenesi,* cross-fertilization, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 839 ss.

Capitolo III

IL CONTESTO STRADALE E LA DIMENSIONE INTERPRETATIVA DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONE

1. *I casi* Lucidi *e* Ignatiuc *e l'"avanzata" del dolo eventuale nel settore della circolazione stradale*

Il settore della circolazione stradale offre plurimi spunti di riflessione per l'indagine che si sta conducendo, sia per le scelte legislative sul dettaglio dell'imputazione degli eventi morte e lesioni personali sia per i profili sanzionatori, che – lo si anticipa – suscitano forti perplessità sul piano della proporzione.

Come è noto, recentemente è intervenuta un'importante riforma in materia (l. 23 marzo 2016, n. 41), incentrata sulle figure dell'«omicidio stradale» e delle «lesioni personali stradali gravi o gravissime», a cui, secondo l'opinione maggioritaria, è stata conferita natura autonoma rispetto alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590[1], ove trovavano prima (parziale) disciplina quali ipotesi circostanziali. Non è questa la sede per un'analisi dettagliata di ogni aspetto di

[1] In questo senso, tra i primi commenti, E.M. Ambrosetti, *Il nuovo delitto di omicidio stradale*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1787; G. Losappio, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2016, p. 4; A. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2016, p. 22; A. Menghini, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 58; A. Roiati, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1° giugno 2016, p. 7.

tale riforma, ma nel dare brevemente conto delle esigenze principali a cui essa intendeva fornire risposta, così come guardando ad alcune delle soluzioni offerte, si incontreranno degli elementi piuttosto significativi per l'indagine sull'imputazione colpevole differenziata.

La riforma del 2016 è intervenuta principalmente per reagire alla percezione di sproporzione (per difetto) e inefficacia delle sanzioni concepite per l'ambito stradale quando riferite a casi di tragici incidenti causati in presenza di un significativo disvalore d'azione. La stessa casistica aveva indotto la magistratura, negli anni precedenti, a ricorrere anche al dolo eventuale per l'imputazione degli esiti mortali o lesivi, in un contesto tradizionalmente considerato di pertinenza pressoché esclusiva della responsabilità colposa[2].

Tra i casi più discussi ed effettivamente contraddistinti da condotte decisamente eccentriche rispetto alle regole cautelari stradali, i casi *Lucidi*, *Ignatiuc* e *Beti*. Si tratta di casi piuttosto rappresentativi, perché condensano profili di significativo disvalore d'azione espressamente considerati nella riforma del 2016[3]. Al contempo, gli stessi casi sono particolarmente fecondi di spunti anche per l'indagine sull'imputazione colpevole differenziata, poiché una loro rilettura alla luce della disciplina vigente sembra consentire di ritenere che il legislatore abbia strutturato l'omicidio stradale e le lesioni personali stradali, almeno in parte e in un'accezione che si avrà modo di chiarire, come fattispecie preterintenzionali. A tali casi, dunque, si

---

[2] Per una dettagliata disamina di questa evoluzione, P. Pisa, *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, Speciale *Dolo e colpa negli incidenti stradali*, p. 13 ss.

[3] Il disvalore d'azione è stato effettivamente considerato dal legislatore, ma pur sempre rimanendo nel quadro del delitto colposo d'evento dannoso, mentre parte della dottrina ne proponeva una valorizzazione in chiave più marcatamente preventiva, cioè in termini indipendenti dal verificarsi di conseguenze tangibili oppure, criticando la soluzione del § 315c StGB tedesco, di un pericolo concreto declinato "individualmente", perché «lo spostamento dell'intervento al momento successivo in cui deve essere *già accertato* un pericolo individuale, secondo la logica del pericolo concreto, finisce con il frustrare (proprio) l'efficacia *preventiva*» che dovrebbe essere il tratto distintivo della fattispecie. Così, M. Mantovani, *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, in particolare p. 8 ss., evidenziando il *gap* sanzionatorio che il modello colposo di evento implica tra condotte identiche (parimenti inosservanti sul piano cautelare) a seconda che lo stesso risultato tipico si verifichi o meno; il che, come è noto, può ben dipendere da fattori puramente casuali.

manterrà aderenza per sviluppare un'analisi calibrata da subito sulle questioni più pertinenti per la trattazione in corso.

Il caso *Lucidi*, risalente al 2008, riguarda l'investimento mortale, presso un incrocio di Roma, di due giovani che viaggiavano a bordo di uno *scooter*. L'evento fu cagionato da un uomo alla guida di una potente auto, nonostante fosse da alcuni anni privo di una valida patente. Egli, alterato per un acceso diverbio in corso con la fidanzata, sedutagli affianco, lanciò l'auto in centro abitato a una velocità prossima ai 100 km/h, attraversando due incroci consecutivi in cui il semaforo era per lui rosso, fino a incontrare sulla propria traiettoria i due giovani, travolti mentre stavano impegnando l'incrocio regolarmente, cioè con la luce semaforica (per loro) verde.

In primo grado, l'automobilista è stato condannato per omicidio doloso, ravvisando nella sua condotta l'accettazione del rischio di produrre l'evento mortale verificatosi[4]. In appello, il fatto è stato riqualificato come omicidio colposo, aggravato dalla previsione dell'evento, riducendo la pena detentiva da 10 a 5 anni di reclusione[5], con una sentenza che ha trovato conferma in Cassazione[6].

A pochi mesi dopo rispetto al caso *Lucidi* risale il caso *Ignatiuc*[7], relativo anch'esso a un incidente mortale avvenuto in un incrocio della capitale. Per il timore di essere fermato da membri delle

---

[4] GUP Trib. Roma, 26 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, II, c. 414 ss., con nota di G. Fiandaca, *Sfrecciare col «rosso» e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, c. 414 ss.

[5] Corte app. Roma, 18 giugno 2009, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1885 ss., con commento di U. Pioletti, *Dolo eventuale e colpa cosciente in una pronuncia della Corte d'appello di Roma*, p. 1891 ss.

[6] Cass. pen., Sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 11222, in *Foro it.*, 2010, II, c. 306 ss., con nota di P. Di fresco, *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsideratamente spericolata: omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento?*, c. 314 ss. Nella sentenza si può leggere una non trascurabile puntualizzazione: «perché possa formalizzarsi l'addebito a titolo di omicidio volontario con dolo eventuale, occorre la dimostrazione che l'agente abbia accettato il rischio dell'evento mortale, non bastando l'accettazione generica della situazione di pericolo posta in essere». Si tratta di una precisazione relativa all'oggetto dell'accettazione (quale tendenziale equivalente della volontà) che si legge non di rado anche in dottrina: per tutti, G. Cocco, *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1959; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 446.

[7] Questo caso è talvolta indicato come «caso Vasile» (così, ad esempio, in M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., pp. 99 e 104), probabil-

forze dell'ordine a bordo di una macchina che procedeva dietro di lui, uno straniero irregolarmente presente nel territorio italiano alla guida di un furgone rubato iniziò ad accelerare superando diversi incroci con la luce semaforica (per lui) rossa, fino a scontrarsi con alcune auto che impegnavano regolarmente l'ultimo di questi incroci. Nell'incidente morì un ragazzo seduto nel sedile posteriore di una delle auto coinvolte, mentre altre persone riportarono lesioni.

In primo grado, è stata accolta l'imputazione di omicidio e lesioni a titolo doloso, richiamando esplicitamente il criterio dell'accettazione del rischio. In un primo giudizio d'appello, la descritta produzione degli eventi dannosi è stata invece inquadrata nell'ambito della responsabilità per colpa con previsione dell'evento. Anche in questo caso, il passaggio dall'inquadramento doloso a quello colposo del fatto, peraltro facendo riferimento a buona parte delle considerazioni sviluppate dalla Cassazione nella sentenza sul caso *Lucidi*, ha condotto pressoché a un dimezzamento della pena detentiva complessiva (cioè tenente conto anche della ricettazione) inflitta in precedenza: si è passati da 16 anni a 8 anni e 6 mesi di reclusione[8]. La Corte di legittimità ha poi annullato con rinvio tale sentenza, intravedendo spazio per il dolo eventuale, nonostante l'avvertita necessità di subordinarne la prova all'applicazione della c.d. prima formula di Frank[9] in un settore dove, a fronte del rischio anche per l'incolumità dello stesso soggetto agente – nel caso in esame, si ag-

---

mente perché è meno agevole che in altre vicende distinguere il nome dal cognome dell'imputato.

[8] Corte ass. app. Roma, 18 marzo 2010, in *La Corte d'Assise*, 2011, con commento di G. Forte, *Gli incerti confini del dolo e della colpa: un caso problematico in tema di circolazione stradale*, p. 291 ss.

[9] Cass. pen., Sez. I, 1° febbraio 2011, n. 10411 (in *Foro it.*, 2011, II, c. 533, con nota di P. Di Fresco, *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsiderata: dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione "rispolvera" la prima formula di Frank*, c. 542 ss.; anche in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2011, con commento di A. Aimi, *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente* e di M. Zecca, *Dalla colpa cosciente al dolo eventuale: un'ipotesi di omicidio e lesioni personali "stradali" in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, 27 settembre 2011): «In tema di elemento soggettivo del reato, il criterio distintivo tra dolo eventuale e colpa cosciente deve essere ricercato sul piano della volizione; mentre nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia stata "accettata" psicologicamente dall'agente, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto cer-

giunga pure quello di dover quasi inevitabilmente interrompere la fuga e subire l'arresto – la formula in menzione sembrerebbe indurre più spesso a un giudizio di insussistenza del dolo eventuale[10]. Si sono create così le premesse per un secondo giudizio d'appello con epilogo diverso, effettivamente concretizzatosi: nel giudizio di rinvio, la condanna dell'imputato è stata appunto basata sul riscontro del dolo eventuale; valutazione che ha trovato poi conferma nel secondo passaggio in Cassazione[11].

2. *La riforma del 2016 e l'alternativa "strutturale" al dolo eventuale: il reato colposo d'evento con disvalore d'azione qualificato. Il caso* Beti

I casi *Lucidi* e *Ignatiuc* sono accomunati, oltre che da un'assai frequente oscillazione di giudizio relativa all'alternativa tra dolo eventuale e colpa con previsione dell'evento, dall'aver il guidatore responsabile dell'incidente violato (in entrambi i casi più volte) la segnaletica semaforica. Proprio questo tipo di condotta, a condizione che determini la morte oppure le lesioni gravi o gravissime altrui, rientra tra quelle a cui il legislatore, con la riforma del 2016, ha voluto attribuire una disciplina *ad hoc*, in particolare sul piano sanzionatorio. Il n. 2 del comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. prevede che in tal caso si applichi ora una pena che, nelle ipotesi di

---

tezza del verificarsi del fatto, nella colpa cosciente la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto il soggetto dall'agire».

[10] Insoddisfazione rispetto all'impiego della (prima) formula di Frank in ambito stradale (perché «condurrebbe ad un'abrogazione per via giurisprudenziale del dolo eventuale», rendendone «ultradiabolica» la prova) è espressa, in particolare, da P. Pisa, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 146 e 147; in senso contrario, F. Viganò, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014, pp. 14 e 15.

[11] Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2012, n. 42973, in *DeJure*: «In tema di omicidio connesso alla circolazione stradale, sussiste il dolo eventuale quando chi agisce si rappresenta come seriamente possibile (ma non come certa) l'esistenza di presupposti della condotta ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare all'azione e ai vantaggi che se ne ripromette, accetta che il fatto possa verificarsi, decidendo di agire "costi quel che costi", mettendo cioè in conto la realizzazione del fatto».

omicidio, va da 5 a 10 anni di reclusione, mentre prima la stessa dinamica dannosa, se giudicata colposa (e non, invece, sintomatica di un dolo eventuale d'evento), era inquadrabile nel comma 2 dell'art. 589 c.p.[12], che ancora oggi (sebbene con riferimento ormai limitato alle sole ipotesi di «violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro») prevede una cornice edittale che va da 2 a 7 anni di reclusione.

Nell'attuale assetto codicistico, l'ipotesi della produzione colposa dell'evento tramite l'attraversamento di «un'intersezione con il semaforo disposto al rosso» è menzionata unitamente a quella – come a voler attribuire a entrambe un analogo disvalore[13] – in cui l'evento stesso sia cagionato «circolando contromano»: così si completa il n. 2 del comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. Proprio quest'ultima tipologia di violazione delle norme sulla circolazione stradale è alla base dell'incidente mortale nel caso *Beti*, in cui un uomo molto ebbro (con tasso alcolemico oltre 1,5 g/l) percorse a bordo di un SUV (di cui manteneva relativamente il controllo) un tratto autostradale contromano per diversi chilometri, ignorando diverse segnalazioni luminose e acustiche di altri guidatori, quindi cagionò la morte di quattro persone e il ferimento di una, colpendo pressoché frontalmente l'auto su cui queste viaggiavano.

Oltre che già in sede cautelare[14], il dolo eventuale è stato ravvi-

---

[12] La versione previgente del comma 2 dell'art. 589 c.p. – analogo era il comma 3 dell'art. 590 c.p., con riferimento alle lesioni personali gravi e gravissime – accomunava a fini sanzionatori chi avesse prodotto colposamente l'evento morte «con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro». Sull'assetto legislativo precedente alla riforma del 2016, modellato dal succedersi di interventi normativi del decennio precedente, si rinvia a A. Peccioli, *Gli interventi legislativi di* restyling *dei reati colposi stradali*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, Speciale *Dolo e colpa negli incidenti stradali*, p. 36 ss.

[13] Critica sulla possibilità di ravvisare un disvalore omogeneo nei due casi A. Menghini, *L'omicidio stradale*, cit., pp. 175 e 176, nel senso che solo nel caso di superamento dell'incrocio con la luce semaforica rossa la condotta potrebbe essere frutto di una semplice disattenzione. A ben vedere, non necessariamente è così, come si dirà poco oltre richiamando un caso di guida contromano in autostrada da parte di una persona anziana palesemente caduta in confusione.

[14] Cass. pen., Sez. I, 30 maggio 2012, n. 23588, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2012, con commento di A. Aimi, *Scontro frontale in autostrada con esito letale: la Cassazione conferma il dolo eventuale*.

sato in primo grado, determinando la condanna del guidatore in 20 anni di reclusione (più, complessivamente, 1 anno e 4 mesi di arresto e 4.800 euro di ammenda per gli illeciti contravvenzionali contestati) all'esito di giudizio abbreviato. La decisione è stata confermata in appello, ma tale pronuncia è stata annullata con rinvio dalla Cassazione, che, muovendo da una concezione del dolo eventuale influenzata dallo speciale credito nel frattempo concesso alla (prima) formula di Frank dalle Sezioni unite nel decidere il caso ThyssenKrupp, ha rilevato una carenza motivazionale su aspetti ritenuti fondamentali: in particolare, non sarebbe stata fatta chiarezza sul fatto che l'imputato procedesse contromano consapevolmente o meno (in quest'ultimo caso, verosimilmente, per l'alterazione di origine alcolica) e, quindi, sulla previsione e l'accettazione dell'evento[15]. Nel secondo giudizio di appello[16] è stata comunque ribadita la condanna per dolo eventuale e la pena definitiva – la Cassazione[17] ha poi appunto confermato tale sentenza – è stata quella di 18 anni e 4 mesi di reclusione.

Nel caso appena considerato, è interessante notare come la Corte di legittimità abbia attribuito importanza alla verifica della consapevolezza della violazione stradale relativa alla circolazione contromano. Nel contesto precedente alla riforma, tale accertamento è stato considerato necessario (ancorché, comunque, non sufficiente) per la prova del dolo eventuale. Dal 2016, come visto, il legislatore prende in considerazione la produzione dell'evento dannoso attraverso la stessa violazione ricorrendo a una sorta di compromesso: quanto al titolo della responsabilità, la colpa viene apertamente privilegiata rispetto al dolo; la risposta sanzionatoria, tuttavia, risulta particolarmente severa e riduce quel *gap* edittale che in precedenza aveva condotto la magistratura sempre più spesso alla contestazione del dolo eventuale, non tanto – pare – per una maggior ortodossia

[15] Cass. pen., Sez. I, 11 marzo 2015, n. 18220, in *DeJure*, in particolare punti 1.2 e 1.3 del «Considerato in diritto».

[16] Corte ass. app. Torino, I Sez., 20 gennaio 2016, n. 2, in *Giur. Pen.*, 2016, n. 5 (web), con commento di S. Favretto, *Ancora in tema di dolo eventuale e colpa cosciente nel caso di omicidio e lesioni personale (Corte Assise Appello Torino, 2/2016)*.

[17] Cass. pen., Sez. V, 14 luglio 2016, n. 45997, in *DeJure*.

nell'analisi dell'effettivo coefficiente di colpevolezza espresso dall'agente, quanto, soprattutto, per poter poi applicare una pena che l'inquadramento colposo del fatto non avrebbe consentito.

Nell'assetto attuale, se un ricorso al dolo eventuale non sembra precluso in assoluto[18], è però più che evidente come la stessa casistica che prima aveva condotto la magistratura a contestarlo riceva ora una espressa tipizzazione che vede nella colpa il criterio di imputazione colpevole "titolare"[19].

3. *L'"azzardo" quale tratto comune delle ipotesi del comma 5 degli artt. 589-*bis *e 590-*bis *c.p.: l'approdo interpretativo alla "preterintenzione strutturalmente rovesciata"*

Il compromesso a cui si è fatto riferimento, al netto di diverse questioni di ragionevolezza che riguardano, tra l'altro, la parificazione a livello sanzionatorio della produzione colposa dell'evento, da un lato, attraverso condotte che integrano un illecito amministrativo (tutte quelle menzionate nel comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.) e, dall'altro, per mezzo di condotte integranti un illecito penale contravvenzionale (la guida in stato di ebbrezza con un tasso alcolemico compreso tra 0,8 e 1,5 g/l), affinché possa essere considerato plausibile, sembra almeno richiedere la consapevolezza delle violazioni stradali dettagliatamente tipizzate, almeno

[18] Nel senso di ritenere ancora aperti degli spazi per il dolo eventuale, ad esempio, A. Menghini, *L'omicidio stradale*, cit., p. 193 ss.; E.M. Ambrosetti, *Il nuovo delitto di omicidio stradale*, cit., pp. 1789 e 1790, il quale concepisce però la soluzione come eccezionale, da riservarsi, ad esempio, a casi di ripetute e gravi violazioni stradali (il riferimento esplicito è al caso *Ignatiuc*). Va segnalata, in argomento, anche la posizione di E. Squillaci, *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016, p. 6 ss., il quale dedica diverse pagine alla verifica dell'idea che si possa trattare di «un elemento soggettivo *intermedio* tra dolo e colpa», ma *sui generis*, cioè eterogeneo rispetto al dolo eventuale, alla colpa con previsione dell'evento, alla colpa grave e alla preterintenzione.

[19] Si veda E.M. Ambrosetti, *Il nuovo delitto di omicidio stradale*, cit., pp. 1789 e 1792, il quale giudica positiva la presa di posizione legislativa nel senso di ricondurre piuttosto esplicitamente all'ambito applicativo della colpa ipotesi che la giurisprudenza aveva iniziato a qualificare in termini di dolo eventuale.

quando le stesse non siano condizionate da uno stato di alterazione del guidatore.

Nonostante in via di prima approssimazione vada affermata la pertinenza del generale regime di imputazione degli elementi di natura circostanziale (art. 59, comma 2, c.p.), quali appunto le violazioni in questione[20], un trattamento sanzionatorio di notevole severità apparirebbe decisamente sproporzionato per eccesso se si ritenesse davvero sufficiente anche solo la colpa del guidatore rispetto alle ipotesi tipizzate nel comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. È l'"azzardo" il profilo che sembra accomunare tutte queste condotte[21] – si ha la codificazione di comportamenti gravemente colposi

[20] La natura circostanziale delle ipotesi previste dal comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. è espressamente riconosciuta dalla formulazione dell'art. 590-*quater* c.p. Proprio in tale articolo codicistico, che non riserva invece analoga menzione al comma 1 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., si potrebbe ricavare una prova della natura autonoma delle recenti fattispecie di omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime rispetto a quelle di omicidio colposo e lesioni colpose. Nonostante alcuni tentativi di dare una lettura diversa dell'art. 590-*quater* c.p., che pare consentita dal tenore letterale del testo – si potrebbe cioè dire che il richiamo dei soli commi diversi dal 1°, qualificando le fattispecie ivi contenute come circostanze aggravanti, abbia l'unico fine di limitare al ricorrere di quelle circostanze soltanto la deroga alle regole di bilanciamento: così, ad esempio, GIP Trib. Milano, 4 maggio 2017, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2017, con commento di M. Aranci, *Aspetti problematici delle nuove lesioni colpose stradali (art. 590-bis c.p.): alcuni primi nodi all'esame del GIP di Milano* – in sede di legittimità si è affermata la tesi per cui quelle di recente conio sarebbero delle fattispecie autonome (ad esempio, Cass. pen., Sez. IV, 16 maggio 2017, n. 42346), con l'infelice implicazione della procedibilità d'ufficio di tutte le ipotesi ora riconducibili all'art. 590-*bis* c.p. Si tratta di un'implicazione infelice perché, al di là del sovraccarico giudiziario che può determinare, rischia persino di provocare l'effetto collaterale di penalizzare la stessa persona offesa, che forse più difficilmente di prima incontrerà un atteggiamento conciliativo da parte dell'imputato (e anche, se non soprattutto, del responsabile civile), costretto in ogni caso a difendersi nel merito al fine di poter essere riconosciuto non colpevole. Sulla questione si è di recente pronunciata anche la "Consulta" (Corte cost., 25 settembre 2019, n. 223, ad esempio, in *Quot. giur.*, 25 ottobre 2019, con commento di S. Corbetta, *Lesioni stradali gravi o gravissime: legittima la procedibilità d'ufficio*), che ha "ratificato" la lettura della Cassazione.

[21] Un riferimento esplicito all'«azzardo» si trovava nel testo del d.d.l. C. n. 3274, presentato nel 2010 su iniziativa dell'on. Claudio Barbaro. Su tale proposta, si veda A. Menghini, *L'omicidio stradale*, cit., pp. 44 e 180.

Per un caso reale di imbocco dell'autostrada contromano da parte di una persona novantenne, si veda in *www.video.corriere.it*, (sezione *Cronaca*) 1° febbraio 2020 (*Contromano sull'autostrada A15: tir e auto riescono a schivarlo*). Dal video pubblicato si nota che l'anziano, dopo essersi accorto dell'errore e trovandosi dalla

che per parte della dottrina sarebbero forse riconducibili al concetto affine di «sconsideratezza», che, pur con qualche approssimazione, è effettivamente alla base di soluzioni legislative di altri ordinamenti, segnatamente di quello inglese, francese e spagnolo (le relative figure sono la *recklessness*, la *mise en danger délibérée de la personne d'autrui*, la *temeridad manifiesta* e il *manifiesto desprecio por la vida de los demás*)[22] – e che giustificherebbe l'esclusione di altre che ne sono tendenzialmente sprovviste, come la guida impiegando il cellulare[23]; condotta che le statistiche degli incidenti inducono sì a

---

parte opposta rispetto a quella della corsia di emergenza, ha proseguito la marcia per alcune decine di metri, fino a raggiungere un imbocco nella carreggiata (correttamente) percorsa in direzione opposta, ma, più che un "azzardo sopravvenuto", la manovra sembra sia stata realizzata per cercare di mettersi al riparo, evidentemente giudicando prevalente o almeno equivalente il rischio così corso rispetto a quello a cui sarebbe rimasto esposto fermandosi il prima possibile. Va poi considerato il probabile stato emotivo dello stesso soggetto, forse condizionato da una certa confusione mentale, che, a maggior ragione, porta a credere che non siano questi i casi in cui dovrebbe razionalmente applicarsi il comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.

[22] Nella dottrina italiana, in particolare, F. Curi, *Tertium datur. Dal* common law *al* civil law *per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 47 ss., 111 ss., 161 ss.; più di recente, Ead., «Finché la barca va*…*». *Il fatto sconsiderato (dai pirati della strada alla responsabilità della persona giuridica)*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 3 (web), in particolare p. 8, ove, prima che intervenisse la riforma del 2016, si proponeva l'adozione di una fattispecie di «omicidio stradale» (punita da 8 a 18 anni) incentrata sulla produzione dell'evento «agendo in modo sconsiderato», con la precisazione che deve giudicarsi «sconsiderata quella condotta che l'autore ponga in essere avendo preveduto l'evento concreto nonostante abbia consapevolezza che da essa possa conseguire la morte di una o più persone»; proposta rilanciata in Ead., *Le oscillazioni della giurisprudenza tra dolo e colpa nei casi di guida spericolata: uno spazio per la "sconsideratezza"?*, in M. Donini, R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., p. 331 ss., in particolare pp. 336 e 337. Tra le trattazioni monografiche più recenti sul dolo, in particolare, S. Raffaele, *Essenza e confini del dolo*, cit., pp. 248 ss. e 341 ss.

In una prospettiva di più generale armonizzazione dell'intera disciplina penale della circolazione stradale, si veda A. Bernardi, *Europa senza frontiere e armonizzazione dei sistemi sanzionatori in materia di circolazione stradale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 573 ss.

[23] Sia consentito il rinvio a M.L. Mattheudakis, *Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto… eventualmente in fuga: anatomia dell'irragionevolezza*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 1 (web), pp. 25, 29 e 30. L'inclusione nell'elenco del comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. delle ipotesi di produzione colposa degli eventi tipici per effetto di distrazione dovuta all'uso del cellulare avrebbe in ogni caso raf-

considerare pericolosa[24], ma la cui riconducibilità alle ipotesi di azzardo è quantomeno dubitabile.

A ben vedere, la guida al cellulare evoca, piuttosto, distrazione e non fornisce nemmeno un'indicazione sufficientemente precisa sulla dinamica di produzione dell'evento dannoso, il quale si rende possibile tramite un'ulteriore violazione, in termini non molto diversi rispetto ai casi in cui il sovraccarico sanzionatorio si incentra sulla guida in stato di alterazione per effetto dell'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti, che risulta appunto prodromica rispetto a una violazione stradale in più diretta connessione con l'incidente. In questi ultimi casi, peraltro, il disvalore oggettivo e soggettivo della diversa violazione, prima come oggi, anche se molto significativo, finisce per essere in larga misura assorbito nella pena applicabile in ragione della condizione di alterazione. Il caso *Beti*, ad esempio, volendolo inquadrare quale ipotesi di responsabilità colposa, potrebbe oggi essere attratto verosimilmente nell'ambito del comma

---

forzato la tesi della necessaria consapevolezza della violazione stradale, perché non avrebbe nemmeno senso pensare a un utilizzo del dispositivo telefonico non consapevole. Tra coloro che hanno espresso perplessità rispetto alla mancata inclusione di tale condotta nell'elenco delle violazioni dotate di una disciplina *ad hoc*, ad esempio, A. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime*, cit., p. 4; inoltre, A. Menghini, *L'omicidio stradale*, cit., p. 89; D. Notaro, *I nuovi reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali: norme "manifesto" o specializzazione dello statuto colposo?*, in *Leg. pen.*, 28 luglio 2016, p. 13, nota 52, che evidenziano l'omissione anche del sorpasso a destra in autostrada; condotta, questa, più agevolmente riconducibile al concetto di azzardo.

Sull'accertamento dell'utilizzo del cellulare alla guida, si rinvia all'istruttivo contributo di G.M. Evaristi, *L'utilizzo dello* smartphone *alla guida nei delitti di omicidio e lesioni colpose stradali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2019, p. 456 ss., il quale si sofferma sull'utilità del «*file* di *log*», documento digitale auto-generato dal dispositivo e che annota le operazioni di dialogo tra utente-apparecchio secondo sequenze temporali, tracciando cronologicamente l'utilizzo compiutone dal conducente.

[24] Si veda, ad esempio, *Incidenti da cellulare, così l'Aci arriva al dato "3 incidenti su 4 dovuti a distrazione"*, in *www.repubblica.it*, 3 ottobre 2016 (sezione motori; sicurezza), utile anche al fine di evidenziare una pluralità di approcci nella lettura di dati statistici del genere. Ancor più di recente, si vedano i dettagli dello studio datato 23 luglio 2018: *Incidenti stradali. Anno 2017*, pubblicato in *www.istat.it*, in particolare pp. 1, 8, 9 e 10, dedicate alla distrazione come causa presunta o accertata di incidenti – per «guida distratta o andamento indeciso» si sarebbe verificato il 16% degli incidenti dell'anno 2017 (p. 8) – e, più nello specifico, all'utilizzo del telefono alla guida nonché alle sanzioni applicate per tale violazione.

2 dell'art. 589-*bis* c.p., perché il fattore dell'ebbrezza "acuta" (con tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l), qualora determinante per la produzione dell'evento[25], condurrebbe immediatamente al ricorso alla cornice edittale più severa. È all'interno di essa che potrebbe trovare riscontro il dettaglio della violazione più prossima all'evento; compreso il carattere di dolosità o meno della stessa violazione.

Quest'ultima precisazione si inserisce con pertinenza nel discorso che si sta sviluppando, ma merita di essere subito esplicitata per evitare fraintendimenti. Procedendo a un riferimento concreto, mentre quando il guidatore non si trova in uno stato di alterazione pare indispensabile che le menzionate violazioni stradali di cui al comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. siano realizzate consapevolmente, perché esse esprimono l'elemento più rappresentativo del disvalore d'azione, se il soggetto commette le stesse violazioni in condizioni di alterazione per l'assunzione di alcolici o stupefacenti, deve ritenersi prescindibile l'accertamento di un'analoga consapevolezza. In quest'ultimo caso è sulla condizione di alterazione che si polarizza il disvalore d'azione, facendo passare in secondo piano le modalità concrete di verificazione dell'evento (che devono comunque essere) da essa influenzate. Al riguardo, si consideri che sia l'alterazione di origine alcolica che quella provocata dagli stupefacenti potrebbero rappresentare la causa della violazione stradale direttamente legata all'incidente tramite meccanismi psicosomatici anche molto diversi. Sintetizzando all'estremo, l'inosservanza più strettamente circolatoria potrebbe essere l'effetto tanto di appannamento quanto, all'opposto, di eccitazione ed euforia, in linea peraltro con la mancata precisazione da parte del legislatore del tipo esatto di so-

[25] Si è opportunamente parlato di «un triplice nesso tra l'assunzione e lo stato di alterazione, tra lo stato di alterazione psico-fisica e la violazione della regola cautelare in materia stradale e tra quest'ultima violazione e l'evento morte o lesioni»: così, letteralmente, A. Menghini, *L'omicidio stradale*, cit., p. 65. Per un esempio di non decisività della condizione di ebbrezza, basato sulla possibilità di dimostrare la ripetitività dell'errore (essenzialmente interpretativo delle regole di precedenza) alla guida, solo per coincidenza risultato fatale in occasione dello stato di alterazione, sia consentito il rinvio a M.L. Mattheudakis, *Il guidatore trasgressore semplice*, cit., pp. 11 e 12. L'esempio è ripreso, di recente, da N. Pistilli, *Profili penali della colpa stradale*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, p. 36, che richiama, per un'analoga esemplificazione, anche J. Eisele, *Der Tatbestand der Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c StGB)*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2007, p. 171.

stanze – ciò vale in particolare per quelle stupefacenti[26] – rilevanti ai fini dell'applicazione delle fattispecie di omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime.

La pluralità dei sintomi dell'alterazione evoca differenti espressioni della colpevolezza nella realizzazione dell'illecito amministrativo (concretamente determinante) contemplato dal c.d.s. e nessuna di queste pare eccentrica rispetto alla *ratio* del comma 2 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.; ma lo stesso vale anche con riferimento al comma 4 degli stessi articoli del c.p.[27]: se il proposito è quello di censurare con particolare enfasi la produzione dell'evento dannoso per effetto di condotte di guida in assenza della necessaria lucidità, non avrebbe senso richiedere una piena consapevolezza e volontà della violazione stradale più prossima all'incidente; sarebbe in questi casi contraddittorio escludere la rilevanza di condotte di natura sostanzialmente colposa.

Le considerazioni che precedono dovrebbero consentire di superare o almeno attenuare le perplessità che potrebbero sorgere constatando che, a parità ovviamente di evento dannoso, si dovrebbe richiedere sostanzialmente il dolo della violazione circolatoria per accedere a una determinata cornice edittale (quella del comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.), mentre, in parallelo, sarebbe invece bastevole la colpa per la stessa violazione nel contesto di un illecito sanzionato con una cornice edittale anche più severa[28].

---

[26] A ben vedere, anche per quanto riguarda l'assunzione di sostanze alcoliche, gli effetti sul corpo umano possono essere molto diversi (e per certi versi pure antitetici, ancorché mai auspicabili mentre si è alla guida) a seconda del progredire del tasso alcolemico. Si veda, in questo senso, la tabella «Effects of BAC on the body and performance» di un noto documento promosso dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (*Drinking and Driving: a road safety manual for decision-makers and practitioners*, Genève, 2007, p. 8), che associa una condizione di lieve euforia («Mild sense of elation») a un tasso alcolemico ridotto, cioè tra 0,1 e 0,5 g/l, e un "appannamento" sempre più netto a partire dal superamento della stessa soglia legale per la guida nel nostro Paese.

[27] Si tratta delle ipotesi di omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime qualificate da un'ebbrezza con un tasso alcolemico compreso tra 0,8 e 1,5 g/l.

[28] Non è più severa la cornice edittale prevista dal comma 4 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., che, anzi, è proprio quella che viene estesa alle ipotesi del comma 5 dei medesimi articoli. Profili di dubbia ragionevolezza, come si è già accennato, potrebbero effettivamente ravvisarsi, considerato che l'equiparazione sanzionato-

Calare l'accento sulla carenza della lucidità necessaria alla guida non giustifica la sufficienza della colpa solo con riferimento alla violazione più prossima all'incidente, ma, per motivi del tutto analoghi, anche rispetto alla stessa condizione di alterazione e alla sua percezione. Istanze di prevenzione generale di indubbia consistenza consentono di prescindere da una chiara percezione della propria condizione di alterazione per il semplice motivo che, se presente, è proprio l'alterazione a poter falsare l'"autovalutazione" del soggetto. Infatti, se può considerarsi deliberata la consumazione delle sostanze che provocano l'alterazione, è bene evitare automatismi nella valutazione che il soggetto può compiere in merito alla propria condizione al momento della guida: il profilo di disvalore decisivo non consiste, infatti, nell'assunzione di alcolici o stupefacenti di per sé, ma, più esattamente, nel porsi alla guida sotto l'effetto di tali sostanze[29].

Ritenere sufficiente la colpa riguardo alla percezione della propria condizione di alterazione induce a riflettere nuovamente su alcuni aspetti alla base di questo studio sull'imputazione colpevole differenziata. Anche in questo caso, la colpa coniuga due tipiche funzioni di tale criterio di imputazione colpevole, soprattutto se concepito quale alternativa al dolo: da un lato, in termini più marcatamente sostanziali, si mira ad apprestare al bene giuridico una tute-

---

ria avviene tra condotte di per sé di natura penale (la contravvenzione di cui all'art. 186, comma 2, lett. *b*, c.d.s.) e altre illecite solo dal punto di vista amministrativo, ma si capisce che gli elementi di colpevolezza giocano, in tale prospettiva, un ruolo piuttosto marginale.

[29] A ben vedere, non è di semplice definizione già l'oggetto principale del giudizio in questione. Può essere problematico, ad esempio, l'approccio ai casi in cui sia dubbia la corrispondenza tra (più o meno elevato) tasso alcolemico espresso e *an/quantum* dell'alterazione. Trattasi di questione assai spinosa e sulla quale si deve rinviare alla dettagliata analisi di N. Pistilli, *Profili penali della colpa stradale*, cit., p. 26 ss., in particolare p. 28 ss., ove considerazioni condivisibili soprattutto quando critiche rispetto a presunzioni invincibili collegate al tasso alcolemico. Inoltre, non è difficile intuire che sulla complessità della valutazione possono incidere profili di carattere diacronico: si pensi, ad esempio, ai casi in cui l'incidente avvenga poco dopo l'assunzione di sostanze (in particolare stupefacenti) ad effetto ritardato oppure passato diverso tempo dall'assunzione.

Sulla sufficienza della colpa quale criterio di imputazione dell'illecito contravvenzionale di guida in stato di ebbrezza, si vedano, ad esempio, Cass. pen., Sez. IV, 12 luglio 2013, n. 43729; Cass. pen., Sez. IV, 16 aprile 2014, n. 36885; Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2014, n. 29888; Cass. pen., Sez. IV, 13 marzo 2015, n. 29904, tutte consultabili in *DeJure*.

la rafforzata, rendendo operative regole di comportamento a scopo cautelare che impongono all'agente il controllo di determinati fattori di pericolo (nel caso in esame, si esige dal soggetto che faccia in modo di non guidare alterato); dall'altro lato, si agisce sul piano probatorio, consentendo una prova più oggettivata e agevole rispetto a quella che richiederebbe un'imputazione dolosa.

A differenza di ciò che riguarda le ipotesi di cui al comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., quando alla base dell'incidente vi è una condizione di alterazione dovuta ad alcolici o stupefacenti, deve, in definitiva, ravvisarsi una piena simmetria tra il regime di imputazione valido in sede di aggravante (delle fattispecie del c.p.) e quello applicabile al reato autonomo del c.d.s.[30]. Circa quest'ultimo, nonostante un disvalore oggettivo in grado di legittimare anche un'incriminazione di rango delittuoso, proprio la flessibilità consentita dalla regola dell'indifferenza tra dolo e colpa per l'*an* della punibilità potrebbe rappresentare una giustificazione del ricorso al modello contravvenzionale per sanzionare la violazione di per sé del divieto di porsi alla guida in condizioni alterate.

La stessa esigenza di flessibilità pare poi potersi includere tra le ragioni per le quali è stata scartata la, pur proposta, tipizzazione di una fattispecie di omicidio stradale basata sul porsi «consapevol-

[30] Guardando alla guida in stato di ebbrezza e alla sua relazione con precisi tassi alcolemici, si potrebbe sostenere di essere di fronte a una condizione ampiamente paragonabile a quella del superamento di alcune soglie di velocità a cui si riferisce il n. 1 del comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. Ciò potrebbe condurre ad argomentare nel senso che, se è sufficiente la colpa con riferimento al superamento del tasso alcolemico e alla sua percezione, lo stesso criterio di imputazione dovrebbe allora considerarsi sufficiente anche per il superamento di una determinata velocità. La ragionevolezza della preferenza del dolo per quest'ultimo genere di violazioni, almeno in funzione aggravante delle fattispecie di omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime – per la sanzione dello stesso tipo di illecito amministrativo di per sé può invece bastare la colpa, perché l'art. 3. l. 24 novembre 1981 n. 689, propone un regime di imputazione colpevole pressoché identico a quello delle contravvenzioni e non si vedono altrettanto valide ragioni per derogarvi – si coglie ponendo mente al fatto che, pur essendo immaginabile anche una corsa a velocità elevata con disinteresse per il tachimetro, la costante disponibilità del dettaglio segnato da quest'ultimo sembra rendere non così arbitrario il convincimento del giudice che ritenesse di poter concludere per la consapevolezza del guidatore di viaggiare oltre una certa soglia, impregiudicata ovviamente una decisione in senso opposto a fronte della disponibilità nel caso concreto di elementi sintomatici di un diverso approccio psicologico del guidatore stesso.

mente» alla guida in stato di ebbrezza alcolica o di alterazione dovuta all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, cagionando in tal modo la morte di una persona[31]. La disposizione, così congegnata, non era accompagnata, almeno in alcuni testi proposti, da una corrispondente versione per le lesioni personali ed era prevista una sua collocazione codicistica subito dopo l'omicidio volontario (creando dei nuovi articoli 575-*bis* o 577-*bis* c.p.), evidenziando così una qualificazione spiccatamente dolosa, nel suo complesso, del comportamento descritto. Infatti, se è vero che la proposta di accertare la consapevolezza della propria condizione di alterazione avrebbe potuto rappresentare la premessa per confezionare una fattispecie a imputazione colpevole differenziata, la scelta di omettere un richiamo esplicito alla colpa nella produzione dell'evento avrebbe però consegnato all'ordinamento un istituto di problematica applicazione, probabilmente in grado di stimolare insidiose presunzioni di dolo eventuale per cui chi decide di guidare un veicolo in condizioni di ebbrezza o alterazione da stupefacenti si rappresenta e accetta, per ciò solo, il rischio di provocare un incidente e le sue conseguenze potenzialmente tragiche[32].

Guardando le fattispecie oggi vigenti, si nota il ripetersi della menzione della colpa con riferimento all'evento. Si tratta di una specificazione opportuna e in linea con il dettato dell'art. 42, comma 2, c.p., soprattutto nella prospettiva maggioritaria di concepire l'omicidio stradale e le lesioni personali stradali gravi o gravissime come fattispecie autonome. Un'analoga esplicitazione non sarebbe invece indispensabile per l'imputazione (anche solo) per colpa delle violazioni menzionate nei commi 2, 3, 4, 5 e 6 degli artt. 589-*bis*

---

[31] In questo senso, il testo relativo al d.d.l. S. n. 859, presentato in Senato nel 2013 su iniziativa del Sen. Domenico Scilipoti Isgrò, consultabile in *www.senato.it*. Per una rassegna delle proposte avanzate nell'ambito dei lavori parlamentari, A. Menghini, *L'omicidio stradale*, cit., p. 43 ss.

[32] Si vedano, in termini analoghi, le osservazioni critiche di G. Lattanzi, *L'omicidio stradale. Relazione al convegno sul tema "ipotesi su una nuova figura di reato: l'omicidio stradale", Napoli, 7 marzo 2014*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1980 ss. In argomento, si veda anche C.F. Grosso, *L'introduzione dei delitti di omicidio stradale e lesioni personali stradali*, in *www.asaps.it*, 21 febbraio 2012 (rilasciando un parere datato 20 febbraio 2012), il quale, pronunciandosi su un testo analogo, ha ravvisato un «delitto "a dolo necessariamente eventuale"».

e 590-*bis* c.p., perché tali violazioni – per il comma 5 valgono però le considerazioni sviluppate in precedenza – sono da ritenersi assoggettate alla diversa regola dell'art. 59, comma 2, c.p., trattandosi di elementi circostanziali.

Un discorso a parte potrebbe valere per le ipotesi del comma 1 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., perché, stando sempre alla posizione maggioritaria, tutte le componenti della fattispecie dovrebbero considerarsi veri e propri elementi costitutivi. Il fatto che la colpa sia riferita solo all'evento e non anche alla «violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale» pone senz'altro, almeno in linea teorica, un problema che è stato risolto finora per lo più implicitamente e forse con eccessiva disinvoltura. Rilevare come la colpa sia il criterio di imputazione dell'evento del reato non implica automaticamente che la fattispecie possa considerarsi interamente colposa. È proprio questo uno degli aspetti a cui è particolarmente sensibile questa trattazione sull'imputazione colpevole differenziata. Nel caso in esame, vi è pertanto la necessità di giustificare la presa di posizione in favore di un'imputazione pienamente colposa, laddove la si voglia effettivamente privilegiare, come fanno, pressoché unanimemente, sia la dottrina che la giurisprudenza, pur senza affermarlo apertamente.

Mentre l'evoluzione dei lavori parlamentari è stata segnata da una rilevante pluralità di testi proposti, sicché non è così agevole ricavare elementi univoci da cui desumere il significato attribuito alla versione finale della disciplina in esame[33], argomenti basati sul con-

[33] Il criterio interpretativo dell'«intenzione del legislatore» (così si esprime il più che noto art. 12 delle "preleggi") è comunque tradizionalmente sottoposto a critiche, riproposte anche in tempi piuttosto recenti, ad esempio con riferimento alla punibilità del falso valutativo o estimativo nell'ambito della riforma delle false comunicazioni sociali del 2015. La questione è stata ampiamente trattata in dottrina; per quanto qui interessa, si veda, ad esempio, F. D'Alessandro, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2213, che ben evidenzia i punti deboli del criterio ermeneutico in parola nello specifico contesto considerato: «in assenza di una relazione accompagnatoria anche solo vagamente idonea a fornire una chiave di lettura agli interpreti, l'effettiva *voluntas legis* deve essere ricostruita attraverso le (2524!) pagine dei lavori preparatori, rinvenibili sul sito internet del Senato: ebbene, il risultato di tale analisi non fa che aggravare la situazione, confermando l'inaccettabile sciatteria dell'attuale legislatore, il quale sembra

fronto tra le disposizioni previgenti e quelle attuali sembrano maggiormente consistenti. A sostegno della tesi per cui potrebbero essere anche interamente colpose le fattispecie di cui al comma 1 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. si potrebbero appunto richiamare le analoghe disposizioni precedentemente contenute negli artt. 589 e 590 c.p. Il loro rango circostanziale non rendeva necessaria la menzione della colpa nemmeno rispetto all'evento, perché esso (era ed) è elemento costitutivo del reato, come confermerebbe anche il ricorso alla tecnica legislativa del rinvio per la descrizione degli elementi diversi da quelli circostanziali[34]: «Se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale» (previgente comma 2 dell'art. 589 c.p.); «Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale» (previgente comma 3 dell'art. 590 c.p.). Muovendo da queste premesse, il confronto tra le cornici edittali sembra

---

scientemente abdicare al proprio ruolo di autore delle regole legali, rimettendo direttamente alla giurisprudenza il compito di stabilire il confine tra i comportamenti costituenti reato e quelli penalmente irrilevanti». Tra i non pochi altri contributi che si sono soffermati sull'intenzione del legislatore rapportata alla stessa questione problematica, ad esempio, F. Mucciarelli, *Oltre un discusso "ancorché" le Sezioni Unite della Corte di cassazione e la legalità dell'interpretazione: qualche nota*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2016, in particolare pp. 2 s., 9 s. e 12 s.

[34] Qualche esitazione potrebbe sorgere nel concepire elemento costitutivo dell'illecito (a cui rapportare l'aggravante) l'evento che qualifica le lesioni gravi e quelle gravissime, posto che, pur a fronte di autorevoli prese di posizione nel senso che si tratti di fattispecie autonome rispetto al delitto di lesioni personali [F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, 16ª ed. (integrata e aggiornata a cura di C.F. Grosso), Milano, Giuffrè, 2016, p. 60 ss.; in senso analogo, Corte cost. 28 giugno 1985, n. 194, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1293 ss.], si è ormai ampiamente consolidata la lettura che ravvisa delle circostanze aggravanti: in giurisprudenza, ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 14 marzo 2003, n. 17370. Su questo sfondo, la circostanza del previgente art. 590, comma 3, c.p. sembrerebbe atteggiarsi quale aggravante di un'aggravante. Per quanto apparentemente bizzarra, si tratta, in realtà, di una combinazione non così rara. Mentre la giurisprudenza sembra respingerla come se fosse un assurdo giuridico (Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 1995, n. 3442), in dottrina è possibile rinvenire alcune posizioni più pragmatiche: si veda, ad esempio, F. Basile, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1590 e 1591. Analogo pragmatismo impone ora di concludere sul punto limitandosi a osservare che, per entrambe le prospettive opposte, vi era comunque spazio per la colpa quale criterio di imputazione della «violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale».

piuttosto eloquente, perché esse sono rimaste pressoché identiche nel contesto dei nuovi artt. 589-*bis* e 590-*bis*[35]. Si potrebbe allora scorgere l'intento legislativo di riproporre le fattispecie previgenti così come erano, quantomeno sul piano del disvalore "oggettivo" e "soggettivo", rendendo così sufficiente la colpa per tutti gli elementi tipizzati.

Concludere nel senso che basti la colpa per la violazione stradale di cui al comma 1, evidentemente ricavabile per esclusione rispetto a quelle dei commi successivi[36], porta a restringere il campo delle ipotesi a imputazione colpevole necessariamente mista. Nel contesto delineato dalla riforma del 2016, di imputazione colpevole differenziata pare potersi parlare più che altro con riferimento alle fattispecie di cui al comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. Al riguardo, sembra efficace ricorrere all'espressione «preterintenzione strutturalmente rovesciata»: da un comportamento doloso discende un evento più grave necessariamente non voluto, ma, al contrario dei reati aggravati dall'evento paragonabili alle classiche fattispecie preterintenzionali, qui a essere fatto oggetto di dolo è un elemento di natura circostanziale, mentre va imputato per colpa l'elemento costitutivo dell'illecito, cioè l'evento morte oppure quello di lesioni personali gravi o gravissime, a cui è invece di solito assegnato rango circostanziale, una volta che si escluda di poter ravvisare, nel complesso, un reato autonomo. Il rovesciamento a cui si accenna non è pertanto relativo alla sequenza logica (ed eventualmente cronologica) dolo-colpa, ma riguarda la tipologia degli "ingredienti" di tale sequenza, che evidenziano, in questo caso, una forma di *imputazione colpevole differenziata in senso ampio*.

---

[35] L'unica differenza riguarda le lesioni personali gravi, rispetto alle quali, nella disciplina ora vigente, è scomparso il riferimento alla multa da 500 a 2.000 euro, quale pena alternativa a quella detentiva: una modifica volta evidentemente ad affermare il carattere carcerocentrico, quantomeno a livello simbolico, della riforma del 2016.

[36] In linea con quanto già considerato sull'importanza dei nessi tra violazioni stradali ed evento, un'applicazione del comma 1 (così come del comma 5, ferma la necessità del dolo di condotta, altrimenti anche in questo caso si confluisce nell'ambito applicativo del comma 1) degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. potrebbe ipotizzarsi pur a fronte della guida in condizioni alterate, in particolare laddove l'alterazione non abbia avuto concreta incidenza sulla violazione stradale decisiva per la verificazione dell'incidente.

Parte della dottrina aveva intravisto la possibilità di una coesistenza di dolo e colpa già con riferimento alla disciplina previgente, ipotizzando che gli illeciti stradali richiamati quali fattori aggravanti potessero ben essere realizzati anche intenzionalmente[37]. Come più che accennato, la coesistenza di dolo e colpa appena menzionata non solo si ripropone ancora oggi in via eventuale con riferimento ad alcuni illeciti stradali, ma in alcuni casi rappresenta un assetto indispensabile per giustificare – *rectius*: per rendere meno sproporzionato – un trattamento sanzionatorio di particolare severità: di nuovo, il riferimento è al comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.

In queste ultime ipotesi, il fatto che le violazioni richiamate nel comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., cioè quelle qui poste a fondamento della più netta combinazione di dolo e colpa, di per sé, non integrino delle fattispecie penali ma degli illeciti amministrativi consente di aggiungere un elemento di novità al discorso finora sviluppato. Si tratta, in realtà, di procedere a una semplice precisazione: la fisionomia ampiamente paragonabile a quella di un illecito penale fa sì che la diversa qualificazione formale della violazione non comporti significative differenze in merito all'edificazione della regola cautelare.

In altre parole, nell'accertare la colpa per l'evento, non si vedono ragioni per non riproporre ampiamente le considerazioni già sviluppate con riferimento alla preterintenzione e alle ipotesi più tradizionali di colpa in contesto illecito. Infatti, sembra spesso poco proficuo prendere come riferimento l'agente modello, cioè il guidatore modello, e interrogarsi su come avrebbe attraversato l'incrocio nonostante la luce semaforica rossa oppure su come avrebbe percorso un tratto di strada contromano, per il semplice motivo che tale figura ideale non avrebbe commesso tali inosservanze. Ancora una volta, dunque, si deve concludere che le uniche regole cautelari configurabili in via *subordinatamente doverosa* rispetto all'astensione dalla violazione sono quelle "proprie", in grado cioè di garantire,

[37] Ritengono affatto pertinente il contesto della circolazione stradale per riproporre le proprie ricostruzioni della *culpa in re illicita*, in particolare laddove vi siano violazioni intenzionali delle prescrizioni del c.d.s., S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., pp. 151 e 152; F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., pp. 269-271.

almeno *ex ante*, non solo un contenimento del rischio ma un suo tendenziale azzeramento. Le modalità per prevenire l'evento nonostante la commissione dell'illecito sono allora determinabili alla luce delle peculiarità del caso concreto secondo un giudizio di prevedibilità ed evitabilità di particolare rigore; giudizio che, invero, può ben indicare all'agente che l'unico comportamento sufficientemente cauto, nella sua situazione, consisterebbe nell'astenersi radicalmente dalla violazione.

Una precisazione si rende però opportuna. Quanto appena detto vale nei casi in cui sia deliberata la violazione stradale più prossima all'evento, mentre quando è volontario l'illecito di guida in stato di alterazione *ex* artt. 186 e 187 la colpa "finale" rimane in una certa misura ancorata al parametro del guidatore modello. Per il guidatore alterato, l'allineamento della propria condotta di guida rispetto a quella dell'agente modello è ancora astrattamente possibile: ad esempio, il guidatore ebbro può comunque (anzi, *deve*) rispettare lo stop, il che significa che, "superato" l'ostacolo normativo del divieto di guidare sotto l'effetto di alcolici, la regola cautelare subordinatamente doverosa, di fatto, coincide con quella che nella stessa situazione di guida si imporrebbe a un "osservante" guidatore lucido. Quando sussistente e realmente influenzata dall'alterazione, la colpa per l'evento evoca un rimprovero che risale alla scelta di porsi alla guida in condizioni inidonee, ma pretendere dal guidatore alterato un livello di cautela superiore rispetto a quello che si esige dal guidatore non influenzato da sostanze alcoliche o stupefacenti significherebbe impostare il giudizio di colpa secondo la logica del *versari in re illicita*.

Il fatto che l'agente modello possa talvolta giocare un ruolo paragonabile a quello che normalmente gli si riconosce nei casi di "pura" responsabilità colposa non deve essere sopravvalutato fino a scorgervi una conferma della tesi della perfetta identità tra la *culpa in re illicita* e quella *in re licita*. Lo si è già visto dando conto delle peculiarità di quella casistica in cui la colpa non attiene strettamente al profilo illecito del fatto, come quando, per fare un altro esempio ricorrente e relativo al contesto stradale, si tratta di disciplinare l'incidente causato dal rapinatore in fuga. In quest'ultimo caso, la colpa alla guida non matura nell'esecuzione della rapina, ma ai

margini della (se non oltre la) sua consumazione. L'attività di guida del rapinatore rappresenta una delle "quote" lecite del proprio agire complessivo e per esse è normale che valgano le regole cautelari applicabili a chiunque. L'incriminazione del fatto di rapina non implica alcun divieto sul piano della circolazione stradale: quest'ultima "può" in concreto (cioè, di fatto) rendersi più azzardata del normale quando sia funzionale a "uscire" dallo scenario della rapina, ma non è di per sé vietata[38].

Nelle ipotesi di conduzione del mezzo in condizioni alterate non si può dire che la condotta di guida sia di per sé lecita, così come non lo è quando il guidatore circola senza aver ottenuto la necessaria patente. In questi casi, se l'incidente si verifica a causa dell'incapacità del soggetto di gestire le situazioni di pericolo proprio in ragione della scelta avventata di guidare lo stesso, il rimprovero sembra potersi basare sulla colpa per assunzione[39].

La conclusione che immediatamente precede è destinata a conservare in ampia misura validità anche in uno scenario futuro contraddistinto dal plausibile affermarsi sul mercato automobilistico delle *self-driving cars*. Pensare che la macchina possa riportare a casa l'ubriaco, attivando una funzione del tipo «Take me home, I'm drunk», oppure condurre a destinazione in sicurezza una persona

[38] Un divieto come quello a cui si è accennato (per poi immediatamente escluderne la reale sussistenza) nel testo sarebbe peraltro di assai dubbia compatibilità col principio *nemo tenetur se detegere*, per le cui coordinate fondamentali è opportuno rinviare a D. Tassinari, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, Bononia University Press, 2012, in particolare pp. 228 ss., 340 ss. e 388 ss. L'Autore si è successivamente pronunciato anche sulla riforma del 2016, evidenziando come lo stesso principio liberale renderebbe difficilmente accettabile la *ratio* di aggravanti come quelle (a imputazione evidentemente dolosa) degli artt. 589-*ter* e 590-*ter* c.p., incentrate sulla fuga del guidatore responsabile di omicidio stradale o di lesioni personali stradali gravi o gravissime: Id., *La collisione fra istanze generalpreventive e principi costituzionali nel disegno di legge sul così detto omicidio stradale*, in F. Curi (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 273.

[39] Nell'ambito della dottrina tedesca, non è affatto raro leggere la responsabilità colposa del guidatore alterato secondo gli schemi della colpa per assunzione. Si veda, ad esempio, C. Roxin, *Bemerkungen zur actio libera in causa*, in W. Küper (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 1987, pp. 311 e 312. Per questo e ulteriori riferimenti, A. Menghini, *L'omicidio stradale*, cit., p. 186, nota 35.

priva di competenze di guida paragonabili a quelle oggi richieste è qualcosa di immaginabile soltanto con riferimento ai veicoli completamente automatici e nemmeno in tal caso si tratterebbe di soluzioni del tutto prive di criticità[40]. La tappa intermedia del percorso evolutivo, e che pare quella con cui è quindi più opportuno ora confrontarsi, consiste nella diffusione delle vetture a guida semi-automatica[41], in cui un significativo tasso di controllo della persona umana sulla macchina residua, richiedendo pertanto lucidità e competenze specifiche. Rispetto a tale ambito, è ben possibile immaginare che si continui a incriminare il *drunk driving*, sia quale profilo unico di disvalore di un illecito di mera condotta pericolosa, sia quale fattore qualificante di un illecito incentrato sul verificarsi di un evento dannoso[42]. In quest'ultima ipotesi, non è possibile escludere *a priori* – e lo dimostra, del resto, anche l'articolato quadro delle proposte di riforma alla base della tipizzazione delle vigenti figure di omicidio stradale e lesioni personali stradali – che possano trovare spazio modelli di responsabilità mista di dolo e colpa.

---

[40] Si vedano, anche per la specifica espressione richiamata nel testo, F. Douma, S.A. Palodichuk, *Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles*, in *Santa Clara Law Review*, 2012, p. 1158 ss.

[41] In Italia, la legge 27 dicembre 2017, n. 205 e il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 28 febbraio 2018 hanno dato il via a una sperimentazione della guida automatica. Per la sperimentazione, concretamente iniziata nelle città di Parma e Torino nel 2019, è stata in ogni caso prevista la presenza di un supervisore tenuto a «commutare tempestivamente tra operatività del veicolo in modo automatico e operatività dello stesso in modo manuale e viceversa» (art. 10, comma 2, del decreto ministeriale citato). Per un quadro generale corredato dalle prime discipline normative in materia, in particolare, S. Scagliarini (a cura di), Smart roads *e* driverless cars*: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, Torino, Giappichelli, 2019.

[42] Per considerazioni di segno analogo (in particolare sul carattere «ineludibile» di «una soluzione nel senso di criminalizzare le condotte di sorveglianza di una *semi-autonomous car* in stato di intossicazione, parificandole alla guida tradizionale sotto l'effetto di alcool o droghe») e, più in generale, per una solida introduzione al tema della responsabilità penale connessa alla guida automatica, A. Cappellini, *Profili penalistici delle* self-driving cars, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2019, p. 325 ss., in particolare pp. 342 e 343. Sulla responsabilità civile, si rinvia all'aggiornato contributo di G. Calabresi, E. Al Mureden, Driverless car *e responsabilità civile*, in *Riv. dir. banc.*, 2020 (suppl. fasc. I), p. 7 ss.

4. *I residui problemi sul piano della proporzione sanzionatoria*

Delle fattispecie preterintenzionali si ripropone qui anche la maggior severità di pena rispetto al trattamento che si otterrebbe cumulando le sanzioni previste per l'illecito doloso di base e per quello incentrato sulla (mera) produzione colposa dell'evento. Al riguardo, si ragioni esemplificativamente sulle ipotesi di omicidio: la pena base per l'omicidio colposo è la reclusione da 6 mesi a 5 anni (art. 589, comma 1, c.p.). Se l'evento in questione viene prodotto con taluna delle violazioni del c.d.s. riprese nel comma 5 dell'art. 589-*bis* c.p., il minimo edittale risulta decuplicato (5 anni di reclusione) e il massimo è raddoppiato (10 anni di reclusione). Fa riflettere il fatto che tale incremento di pena avvenga a fronte della integrazione di illeciti di natura amministrativa, sanzionati economicamente: per le violazioni richiamate nel n. 2 del comma 5 in menzione, cioè quelle su cui ci si è maggiormente soffermati e consistenti, più esplicitamente, nella inosservanza della segnaletica semaforica e nella circolazione contromano, il c.d.s. prevede rispettivamente la sanzione pecuniaria da 163 a 652 euro (art. 146, comma 3) e da 167 a 666 euro oppure, in ipotesi qualificate, da 328 a 1311 euro (art. 143, commi 11 e 12).

Quanto appena osservato non può non rievocare le note (e in questa trattazione già considerate) critiche che parte della dottrina rivolge alle attuali fattispecie preterintenzionali sul piano della proporzione sanzionatoria, con le relative implicazioni in termini di rispetto dei principi costituzionali pertinenti. Ferme restando simili perplessità, si è cercato di fare forse il massimo consentito all'interprete e cioè impegnarsi in una lettura volta a dare il più possibile attuazione al principio di proporzione (almeno) in via ermeneutica, in particolare espungendo «condotte incapaci di attingere ad un disvalore congeniale alla gravità del compasso edittale, limitando l'*overbreadth* del tipo legale»[43]; tipo che, altrimenti, avrebbe una «ca-

[43] In questi efficaci termini descrive una delle ipotesi di (auspicata) implementazione interpretativa del principio di proporzione V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2114, il quale osserva che «l'impiego interpretativo di taluni principi penalistici è parte di un patrimonio consolidato con esperienze significative concernenti sia il principio di offensività, sia il principio della finalità rieducativa

pacità di ritenzione onnivora, mettendo sullo stesso piano condotte *non assimilabili* in punto di gravità»[44].

La giurisprudenza finora maturata sembra piuttosto distante dal farsi carico del problema specifico, anche se va riconosciuto che, in tempi recenti, proprio nel contesto della circolazione stradale non sono mancate importanti manifestazioni di sensibilità nei confronti della proporzione sanzionatoria, in particolare – ma si pensi anche alla già considerata sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 2019 – mostrando un nuovo approccio al principio del *ne bis in idem* sostanziale. Mentre prima della riforma del 2016 prevaleva un atteggiamento di chiusura, che, in caso di incidente con esito lesivo o mortale causato da chi fosse alla guida in stato di ebbrezza o alterato per aver assunto stupefacenti, conduceva a un *bis in idem* addirittura «doppio» e «"incrociato"»[45], costruito peraltro ravvisando un

---

della pena, sia, più di recente, il principio di colpevolezza». Per l'Autore è comunque necessario che l'interpretazione sia consentita dal dato normativo. Questa ragionevole condizione non sembra qui essere stata elusa, perché, se è vero che si è apertamente proposto di derogare alla regola generale dell'art. 59, comma 2, c.p., risulta decisivo constatare che la lettura correttiva si è comunque basata sul testo legale, che prevede una pluralità di elementi circostanziali tutti accomunati da una riconoscibile logica di azzardo, che, come qualsiasi altra circostanza aggravante di natura spiccatamente dolosa, del tutto legittimamente rifiuta l'imputazione colposa.

[44] Per l'espressione richiamata nel testo, C. Piergallini, *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta*, cit., p. 1209, il quale si esprime criticamente così proprio perché non esclude che la sussunzione possa riguardare anche condotte involontarie, pur riconoscendo che si potrebbe però effettivamente parlare di «sconsideratezza del rischio» nei casi di trasgressione dolosa delle regole circolatorie elencate.

[45] Si è già usata la stessa terminologia in M.L. Mattheudakis, *Il guidatore trasgressore semplice*, cit., p. 18, spiegando (anche a p. 19) che essa appare pertinente poiché, quando il guidatore ebbro o "drogato" cagiona per colpa l'evento dannoso nel contesto di un incidente (come normalmente avviene), la verificazione di quest'ultimo comporterebbe il raddoppio delle sanzioni previste per la "semplice" guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti, secondo quanto previsto, rispettivamente, dall'art. 186, comma 2-*bis* e dall'art. 187, comma 1-*bis*, c.d.s. Il profilo dell'incidente verrebbe pertanto a dar vita sia al delitto colposo di evento che all'aggravamento di pena della contravvenzione del codice della strada. Il fatto di porsi alla guida in condizione di alterazione comporterebbe l'integrazione della contravvenzione del c.d.s., ma, al contempo, anche di un'aggravante del delitto colposo del c.p. Il condizionale impiegato più volte nelle frasi precedenti si giustifica proprio in ragione del rischio di sovrapposizione e ipervalutazione dei medesimi profili di disvalore; aspetto che, in sede sanzionatoria, deve trovare opportuna

concorso materiale di reati[46], ora sembra in via di consolidamento un orientamento che riconosce, con riferimento alla stessa casistica, la sussistenza di un reato complesso[47].

razionalizzazione onde evitare un clamoroso *bis in idem*, a lungo legittimato dalla giurisprudenza di legittimità.

[46] Tra le tante, Cass. pen., Sez. IV, 3 ottobre 2012, n. 46441, in *DeJure*. Su tale orientamento, appena prima dell'approvazione definitiva della riforma del 2016, si veda A. Montagni, *Omicidio o lesioni in caso di sinistro stradale*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Treccani, in *www.treccani.it*, che lo giudicava «meritevole di un ripensamento», invocando l'applicazione della disciplina del reato complesso; ancor prima, in senso analogo, G. De Francesco, *Profili sistematici dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 429 ss.

[47] Tra le ultime, in questo senso, Cass. pen., Sez. IV, 11 aprile 2019, n. 18802, in *DeJure*.

Si aggiunga che la natura formalmente amministrativa di alcune delle violazioni richiamate negli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. (ad esempio quelle del comma 5) non sembra argomento di per sé sufficiente per legittimare un'applicazione cumulativa della sanzione amministrativa e di quella penale qualificata dall'aggravante per il reato contro la persona. Tra i contributi che si occupano di mettere in relazione il tema della materia penale con quello del divieto di *bis in idem*, ad esempio, Fr. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 287 ss.; ancor più diffusamente lo studio monografico di C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, Giappichelli, 2018.

Capitolo IV

IL DELITTO DI ATTI PERSECUTORI E LA "NORMALITÀ" DI UN DOLO DIMIDIATO

1. *La scelta del legislatore italiano di punire lo* stalking *ricorrendo alla tipizzazione di una fattispecie bipolare*

Tra le fattispecie incriminatrici codicistiche la cui applicazione induce maggiormente a riflettere sull'imputazione dolosa e i suoi limiti – in più accezioni, cioè alludendo tanto alle aree di confine con la colpa quanto, nel complesso, all'adeguatezza del dolo a porsi come criterio di imputazione colpevole del reato – vi è senz'altro quella di «atti persecutori», collocata tra i delitti contro la libertà morale ricorrendo alla creazione di un nuovo art. 612-*bis* c.p.

Nel solco di una tendenza inaugurata negli Stati Uniti d'America – risale al 1990 la *Criminal Harassment Law* californiana, la prima legge di disciplina del fenomeno *stalking* – e dopo l'intervento di altri legislatori europei, nel 2009 anche in Italia è stata introdotta una disciplina normativa specifica per il contrasto dello *stalking*, fenomeno la cui denominazione trae origine dal verbo inglese *to stalk*, che nel linguaggio venatorio significa «fare la posta». L'esigenza a cui si doveva dare risposta era appunto quella di fornire una più efficace tutela[1] dall'invadenza di soggetti dal comportamento relaziona-

[1] Tra i pochi Autori critici rispetto all'opportunità di aggiornare il quadro legislativo previgente, E. Lo Monte, *Una nuova figura criminosa: Lo 'stalking' (art. 612-*bis *c.p.). Ovvero l'ennesimo, inutile, 'guazzabuglio normativo'*, in *Ind. pen.*, 2010, p. 504 ss. Sulle premesse di politica criminale e sui significati dell'intervento,

le particolarmente insistente, anzi persecutorio: realtà criminologica con significativo riscontro nella società attuale ed oggetto di attento studio a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso[2].

Si è così arrivati al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito con lievi modifiche dalla l. 23 aprile 2009, n. 38), col quale è stato realizzato un intervento di tutela a 360 gradi, non limitato all'introduzione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, ma esteso anche a misure di tempestiva applicazione, come il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa e, in particolare, l'ammonimento del questore[3]. La stessa incriminazione dello *stalking* sembra muoversi in una duplice dimensione: da un lato, si reprime un fenomeno di per sé già lesivo di interessi degni di protezione penale; dall'altro, si può parlare di una tutela anticipata rispetto a fatti di notevole gravità. Come insegna la realtà, infatti, le condotte persecutorie sono spesso un passaggio intermedio di una vera e propria *escalation* offensiva; rappresentano non di rado il preludio di più gravi fatti di aggressione fisica, violenza sessuale o, addirittura, omicidio[4].

---

diffusamente, V.B. Muscatiello, *Il cosiddetto* stalking, in S. Vinciguerra, F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., p. 563 ss.

[2] L'incriminazione, ancorché opportunamente non connotata formalmente in termini di reato di genere – l'unico riferimento alla donna si trova in sede di aggravante, nel comma 3, dove si menzionano soggetti vulnerabili, come la donna incinta – nasce indubbiamente guardando a (effettive) esigenze di tutela soprattutto della donna. In questo senso orienta se non altro uno sguardo alla casistica di riferimento. Si veda, ad esempio, A. Micoli, *Il fenomeno dello stalking. Aspetti giuridici e psicologici*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 47 e 90. Tra gli studi penalistici più recenti che riservano particolare attenzione al fenomeno dello *stalking* nel contesto di trattazioni dedicate alla criminalità di genere, limitandosi alle opere monografiche, A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto e la legge n. 119 del 2013 (c.d. legge sul femminicidio)*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015, p. 105 ss.; E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., in particolare pp. 179 e 180; F. Macrì, *Femicidio e tutela penale di genere*, cit., in particolare p. 138 ss. Trattasi di tendenza non certo limitata alla letteratura italiana, come appunto dimostra, ad esempio, l'impostazione del recente volume spagnolo C. Villacampa Estiarte (coordinadora), Stalking*: análisis jurídico, fenomenológico y victimológico*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, sin dal 1° capitolo (p. 29 ss.).

[3] Tra i primi contributi in argomento, A. Cadoppi, *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in *Guida dir.*, 2009, 19, p. 50.

[4] Sul punto, si veda, ad esempio, G. De Simone, *Il delitto di atti persecutori*, Roma, Aracne, 2013, p. 16 ss., ma anche p. 175 ss., dove si dà conto dell'aggra-

È nel comma 1 dell'articolo 612-*bis* c.p., rimaneggiato finora solo riguardo alla misura del trattamento sanzionatorio[5], che si trova descritta la fattispecie base: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».

La lettura della disposizione appena richiamata consente subito di mettere a fuoco la struttura bipolare dell'incriminazione. Lo sforzo di tipizzazione si divide evidentemente tra due fronti: quello delle condotte e quello degli eventi.

Nell'analisi della struttura della fattispecie base e dei suoi elementi di dettaglio, sono state sviluppate non poche considerazioni critiche ed è persino stata interpellata la Corte costituzionale, sollecitandola a pronunciarsi sulla compatibilità della formulazione normativa con la necessaria precisione descrittiva del fatto tipico nonché in merito alla traducibilità dei concetti prescelti dal legislatore in elementi con effettivo riscontro nella realtà e processualmente accertabili[6]. In questa sede non è possibile (e nemmeno indispen-

---

vante prevista per l'omicidio doloso (art. 576, comma 1, n. 5.1, c.p.) quando il fatto sia commesso «dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-*bis* nei confronti della persona offesa».

[5] L'originaria cornice edittale, che prevedeva la reclusione da 6 mesi a 4 anni, è stata modificata per l'ultima volta dall'art. 9, comma 3, l. 19 luglio 2019, n. 69, per effetto del quale, oggi, il fatto base del reato di atti persecutori è punito con la reclusione da 1 anno a 6 anni e 6 mesi. In merito agli interventi indiretti, si veda, ad esempio, C. Cassani, *Atti persecutori e recenti modifiche normative: spunti di riflessione*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 1 (web), in particolare p. 7 ss.

[6] Come è noto, la "Consulta" è rimasta aderente ad alcuni propri precedenti e ha giudicato l'incriminazione compatibile con i parametri dell'art. 25, comma 2, Cost.: Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, cit. Prima della pronuncia, tra coloro che più avevano evidenziato i profili di dubbia legittimità costituzionale della fattispecie, A. Manna, *Il nuovo delitto di «atti persecutori» e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in S. Vinciguerra, F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., in particolare p. 481; in una prospettiva opposta, volta cioè a ridimensionare lo stesso genere di dubbi, A. Cadoppi, *Stile legislativo di* common law *e continentale a confronto: l'esempio dello* stalking, in

sabile) procedere a una ricognizione esaustiva di tutte le questioni problematiche finora dibattute[7], dovendosi privilegiare l'approfondimento del collegamento tra condotte ed eventi sia in termini materiali che, soprattutto, di colpevolezza.

Al centro della questione si pone la controversa clausola "modale" che fa da *trait d'union* tra il fronte delle condotte e quello degli eventi: le prime devono essere realizzate «in modo da» determinare (precisamente, «da cagionare», «da ingenerare», «da costringere») almeno uno dei tre eventi alternativi tipizzati. Come testimonia la spaccatura della dottrina, l'espressione citata può essere concepita come una clausola di mera idoneità[8] oppure – ed è la lettura prevalente[9] – come un'espressione che affermi la necessità di un legame causale vero e proprio (e non solo potenziale) tra la condotta tenuta e un evento che deve indefettibilmente sussistere. La giurisprudenza è invece più compatta in quest'ultima direzione, essendosi ormai consolidato l'orientamento che, nel definire quello di atti persecuto-

---

S. Vinciguerra, F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., in particolare p. 118. Si veda anche M. Boggiani, *La legittimità costituzionale delle normative antistalking*: uno sguardo comparatistico all'esperienza statunitense in tema di *vagueness*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 139 ss., per interessanti riferimenti alle soluzioni dei problemi di determinatezza (simili a quelli della fattispecie italiana) presentatisi nell'ordinamento statunitense.

[7] Per una panoramica sulle pronunce giurisprudenziali, ad esempio, A. Peccioli, Stalking*: bilancio di un anno dall'entrata in vigore*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 399 ss.; Ead., *Il delitto di* stalking*: prime applicazioni nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1308 ss.; più di recente, M. Brancaccio, *Il delitto di* stalking*: percorsi di giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2017 (s. n. 5), p. 469 ss.; P. Pisa, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, I, 6ª ed. (con la collaborazione di A. Peccioli), Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018, p. 294 ss.

[8] Più chiaramente, in questo senso, sembrava orientata una versione della fattispecie proposta dalla Commissione giustizia della Camera dei deputati: «È punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque molesta o minaccia taluno con atti reiterati e idonei a cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero a ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero a costringere lo stesso ad alterare le proprie scelte o abitudini di vita».

[9] Quest'ultima lettura della norma sembra quella privilegiata in dottrina. Si veda, ad esempio, A. Cadoppi, *Atti persecutori*, cit., p. 52, il quale però ha precisato la propria prospettiva affermando che «il legislatore avrebbe fatto meglio a richiedere semplicemente l'idoneità degli atti persecutori a provocare tali ripercussioni di tipo psicologico»: Id., *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in *Guida dir.*, 2009, 19, p. 53.

ri un «reato abituale di evento»[10], richiede che almeno uno dei tre risultati indicati nella fattispecie base si verifichi effettivamente. A questa posizione si farà dunque prevalentemente riferimento per fare emergere la pertinenza dell'argomento con la tematica oggetto della presente trattazione.

Aver chiarito quali siano i lineamenti essenziali dell'illecito risulta fondamentale ai fini della definizione dell'oggetto del dolo quale criterio di imputazione di un delitto rispetto a cui, in applicazione della regola generale dell'art. 42, comma 2, c.p., non sembra esserci spazio per la colpa. Nella stessa prospettiva privilegiata dalla giurisprudenza ci si aspetterebbe allora una estensione di entrambi i pilastri psicologici del dolo, rappresentazione e volontà, a entrambi i pilastri del fatto tipico, cioè tanto alle condotte quanto agli eventi. Come si sta per dire, così non è, perché viene invece sistematicamente proposta una definizione del dolo in cui lo stesso appare quantomeno dimidiato.

2. *L'erosione giurisprudenziale del dolo d'evento: un indizio dei limiti del modello legislativo prescelto*

Per la giurisprudenza pressoché unanime, il dolo del delitto di atti persecutori sarebbe «generico» e consisterebbe nella «volontà di porre in essere le condotte di minaccia e molestia nella consapevolezza della idoneità delle medesime alla produzione di uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice»[11].

---

[10] Tra le ultime in questo senso, Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2018, n. 61, in *DeJure*.

[11] Il virgolettato è tratto (anche al fine di evidenziare quella che si è qui descritta come un'incoerenza) dalla stessa pronuncia poc'anzi richiamata in merito alla qualificazione dell'illecito come «reato abituale di evento»: Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2018, n. 61, cit. Trattasi di orientamento che risale alle primissime pronunce di legittimità, come testimonia Cass. pen., Sez. V, 27 novembre 2012, n. 20993, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4455 ss., con *Osservazioni* di C. Minnella, p. 4447 ss. Persino la Corte costituzionale ha richiamato, forse un po' troppo acriticamente, lo stesso orientamento (ed esplicitamente la sentenza di legittimità del 2012 appena citata) per evidenziare che «si è ormai consolidato un "diritto vivente"»: Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, cit., punto 4.1 del «Considerato in diritto». In dottri-

Se, nel menzionare esplicitamente solo la volontà con riferimento alle condotte, il necessario profilo rappresentativo relativo alle stesse può considerarsi implicitamente ricompreso, poiché non si dà concreta volontà di qualcosa che non ci si rappresenta esattamente, l'omissione di un riferimento alla volontà di almeno uno degli eventi tipici non può affatto ritenersi compensata dalla «consapevolezza della idoneità» a produrlo.

Nemmeno la frequente precisazione dettata dall'esigenza di riscontrare un collegamento anche psicologico tra i comportamenti persecutori sembra offrire un apporto in grado di compensare la parzialità del dolo. Si afferma che «esso, avendo ad oggetto un reato abituale di evento, deve essere unitario, esprimendo un'intenzione criminosa che travalica i singoli atti che compongono la condotta tipica, anche se può realizzarsi in modo graduale, non essendo necessario che l'agente si rappresenti e voglia fin dal principio la realizzazione della serie degli episodi»[12]. Al riguardo, pare decisivo osservare che, per dolo «unitario», non si intende però un dolo "completo": quando si parla di rappresentazione e di «intenzione criminosa», le si riferisce alla pluralità dei comportamenti e non alle conseguenze di questi. Può quindi risultare proficuo al più per mettere a fuoco le peculiarità dell'elemento rappresentativo il parallelismo talvolta proposto con reati abituali come quello di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p.[13], anche perché nella struttura di tali fattispecie solitamente manca l'evento naturalistico, che invece contraddistingue il delitto di atti persecutori[14].

Per ridimensionare il sospetto di trovarsi allora di fronte alla de-

---

na, tra coloro che hanno fatto propria la medesima definizione del dolo, T. Guerini, *Il delitto di atti persecutori. Tra carenza di determinatezza e marketing penale*, in *Ius17@unibo.it*, 2012, 2 (*Stalking nelle relazioni di intimità*, a cura di M. Virgilio), p. 38.

[12] Così, ad esempio, la già richiamata Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2018, n. 61, cit.

[13] In argomento, diffusamente, A.M. Maugeri, *Lo* stalking *tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 174 ss.

[14] La possibilità di operare un significativo *distinguishing* con riferimento al delitto di atti persecutori sembra giustificata dalla singolarità della struttura di tale delitto, già messa in evidenza da A. Valsecchi, *In tema di stalking*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2010: si tratterebbe del «primo reato *abituale d'evento* del nostro ordinamento penale».

scrizione di un dolo dimidiato, difficilmente distinguibile rispetto alla colpa, si potrebbe richiamare a supporto la tradizionale opinione, che nella dottrina interna ha trovato autorevoli espressioni in studiosi come Marcello Gallo, per cui oggetto di volontà potrebbe essere soltanto la condotta, mentre le conseguenze della stessa non potrebbero essere parimenti orientate e dominate, ma soltanto rappresentate[15]. Già in sede di analisi della definizione legale del dolo si sono però illustrate le ragioni per cui non può ritenersi appagante questa concezione. In questo contesto di parte speciale, basti tornare a porre l'accento sulla sua eccessiva distanza dal dato legale vigente, il quale impone di ricercare una volontà estesa all'evento del reato.

Una prospettiva alternativa, ma parimenti esposta a significative obiezioni, potrebbe condurre a ritenere che, diversamente da quanto avviene di solito – è del tutto frequente, infatti, che l'imputazione dolosa di un delitto sia evocata ricorrendo piuttosto alla formula tralatizia (ancorché non priva di ambiguità rispetto alla *suitas*) della «coscienza e volontà» degli elementi del fatto tipico – già in sede di definizione del dolo, si sia qui elevata a forma base quella più sfumata, in linea con l'idea per cui il dolo eventuale sarebbe il minimo comune denominatore dell'imputazione dolosa[16].

A ben vedere, anche a voler ritenere sufficiente il dolo eventuale, desterebbe forti perplessità l'automatismo col quale il necessario profilo volitivo finirebbe per essere surrogato dalla mera scelta di integrare le condotte tipiche nonostante la previsione dell'evento. È proprio ciò di cui sembrano accontentarsi le poche sentenze che giungono ad ammettere apertamente la punibilità anche a titolo di dolo eventuale, talvolta degradando a secondario accertamento sul movente la ricostruzione dell'intenzione dell'agente[17]. In questo mo-

---

[15] M. Gallo, voce *Dolo*, cit., in particolare p. 767. Sulle affinità dell'impostazione di Marcello Gallo con le teorie tedesche della rappresentazione, M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., nota 27 delle pp. 76 e 77.

[16] Si è già fatto cenno (con tanto di opportuni riferimenti dottrinali) a questo tipo di lettura nelle pagine dedicate alla definizione legale del delitto doloso.

[17] Così, in particolare, Cass. pen., Sez. V, 20 marzo 2014, n. 29205, in *Foro it.*, 2014, II, c. 510 s., con condivisibile nota critica di G. Leineri, c. 511. Sull'ammissibilità del dolo eventuale, si veda anche Cass. pen., Sez. V, 10 aprile 2015, n. 42566, in *DeJure*.

do, però, si omette completamente di spiegare – e non si vede come ciò possa essere dato per scontato – in che cosa consista la differenza rispetto a un'imputazione colposa. Come già visto affrontando la responsabilità preterintenzionale, sembra di assistere a una disinvolta cancellazione della colpa con previsione dell'evento e che, a fronte della percezione della possibilità che (almeno) uno dei risultati si verifichi, la scelta di agire determini inevitabilmente il dolo, più spesso nemmeno indicato come eventuale.

La giurisprudenza ha raggiunto persino orizzonti più estremi (tali più che altro per il nostro ordinamento, come si avrà modo di chiarire a breve) in un isolato precedente in cui ha di fatto legittimato anche un'imputazione colposa dell'evento: «In tema di atti persecutori, non è richiesto, perché si configuri il reato, che specifico fine della volizione sia anche l'evento di danno, essendo sufficiente la possibilità di fondatamente prevederlo come conseguenza del proprio continuativo agire sulla psiche della propria vittima»[18]. La colpa non è esplicitamente menzionata, ma vi è un inequivocabile riferimento al suo contrassegno più tipico: la prevedibilità dell'evento.

Ai fini dell'indagine che si sta conducendo, si potrebbe rilevare che, assecondando un orientamento del genere, si finirebbe per rileggere, *contra legem*, il delitto di atti persecutori come se fosse una fattispecie dalla struttura eventualmente preterintenzionale. Ciò che non si può mancare di sottolineare è che, rispetto alle fattispecie trasformate in senso preterintenzionale tramite una sostituzione della responsabilità oggettiva con la colpa, nel caso in esame, non si avrebbe un guadagno, ma, al contrario, un allentamento delle garanzie sul

[18] Così, esplicitamente, Cass. pen., Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 8641, in *DeJure*, pronunciata in sede cautelare. In questo caso, la Corte avrebbe forse potuto più "comodamente" che in altri casi ripiegare sulle forme meno intense di dolo, perché al convivente si attribuivano «ripetuti atteggiamenti di violenza che avrebbero costretto la donna a lasciare con il figlio in più riprese il comune domicilio per timore che i violenti atteggiamenti del prevenuto potessero degenerare a danno suo e del minore. L'uomo l'avrebbe più volte minacciata con il telefono ed avrebbe preso a seguirla in auto». Quello che va evidenziato, anticipando ciò che si tratterà da qui in avanti, è che, con ogni probabilità, la descrizione del criterio di imputazione colpevole del delitto di atti persecutori riportata nel testo è stata influenzata dal rilievo difensivo per cui l'uomo avrebbe agito «senza che il suo atteggiamento fosse consapevolmente volto a procurare alla persona offesa quello stato di perdurante ansia e paura che costituisce l'evento del reato».

piano della colpevolezza. Sarebbe inoltre a rischio il rispetto della necessaria proporzione tra sanzione e colpevolezza concreta, perché l'ipotesi parzialmente colposa verrebbe disciplinata ricorrendo alla medesima cornice edittale applicabile alle ipotesi (interamente) dolose.

Beninteso: si tratta di effetti senz'altro censurabili in una prospettiva *de iure condito*; il che, però, non significa automaticamente che *de iure condendo* non si possa immaginare, con gli opportuni contrappesi, una fattispecie a imputazione colpevole differenziata, come si dirà con maggior precisione (e non senza riserve) nelle battute conclusive di questo itinerario di approfondimento sullo *stalking*.

Anche a prescindere da alcuni eccessi come quello appena menzionato, resta insoddisfacente la posizione della prevalente giurisprudenza, perché quella che dovrebbe essere un'imputazione dolosa degli eventi finisce comunque – lo si è evidenziato poc'anzi – per essere difficilmente distinguibile da un'imputazione colposa degli stessi. Comprendere le ragioni di tali atteggiamenti della giurisprudenza potrebbe condurre ad acquisizioni in qualche misura generalizzabili, risultando così di particolare importanza ai fini dell'indagine in corso. Il modo migliore per procedere è allora volgere lo sguardo al fenomeno umano fatto oggetto di incriminazione e verificare se la costruzione di un delitto (interamente) doloso sia stata una scelta opportuna.

Sono gli studi criminologici quelli che consentono di comprendere meglio la fisionomia dello *stalking*. Nella letteratura dedicata al fenomeno in questione, emerge un dato costante, cioè l'avvertimento che il consueto ricorso a un'unica espressione di sintesi non deve offuscare la possibilità di individuare una significativa pluralità di dinamiche relazionali persecutorie, da cui deriva la tendenza a ricorrere a diverse qualificazioni.

Tra quelle emerse all'estero, una delle classificazioni più accreditate è di matrice psichiatrica e, sulla base del contesto e delle motivazioni, distingue le seguenti figure di *stalker*: «rejected, intimacy seeking, incompetent, resentful, and predatory» (cioè rifiutato, in cerca di intimità, incompetente, risentito e predatore)[19].

[19] Il riferimento è al noto scritto di P.E. Mullen, M. Pathé, R. Purcell, G.W. Stuart, *Study of Stalkers*, in *American Journal of Psichiatry*, 1999, p. 1244 ss., in

Anche senza dilungarsi in un'analisi dettagliata di ogni tipologia di *stalker* distinguibile, si può subito percepire come le motivazioni alla base delle condotte persecutorie (e produttive di conseguenze per la vittima) siano molto varie. Solo in capo ad alcuni profili di *stalker* si può riscontrare una volontà di rendere complicata la vita al destinatario delle proprie ostinate iniziative. Rispetto ad altri tipi d'autore, invece, non è possibile dire lo stesso.

Al fine di semplificare il discorso, sembra possibile restringere il campo a due sole categorie di *stalker,* basandosi su una distinzione elaborata dalla dottrina psicologica e incentrata sulla natura dello scopo perseguito. Si potrebbe, cioè, parlare di persecutore con animo «affettivo» e di persecutore con animo «distruttivo»[20].

In altra sede[21], più dettagliatamente di quanto si possa fare qui, si è cercato di dare conto del fatto che, mentre lo *stalker* distruttivo ben si presta a vestire l'abito del reo doloso, anche con riferimento agli eventi descritti dal legislatore, lo *stalker* affettivo, che è più incline alle molestie che alle minacce, agisce spesso «convinto che i propri atti siano graditi alla vittima, subito o in futuro, e ignora ogni

---

particolare pp. 1246 e 1247. Tra i numerosi contributi che richiamano tale classificazione, B. Liberali, *Il reato di atti persecutori. Profili costituzionali, applicativi e comparati*, Milano, FrancoAngeli, 2012, p. 27, dove quella degli Autori appena citati è indicata come la «classificazione di riferimento»; A. Micoli, *Il fenomeno dello stalking,* cit., p. 94. Una classificazione simile è stata proposta anche dalla Sezione Atti persecutori del Reparto Analisi Criminologiche dell'Arma dei Carabinieri. Si veda la voce «Tipi di persecutori», consultabile nel sito internet *www.carabinieri.it*, dove si individuano i seguenti profili: il «risentito»; il «bisognoso d'affetto»; il «corteggiatore incompetente»; il «respinto»; il «predatore».

[20] H. Ege, *Oltre il mobbing.* Straining, Stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro, Milano, FrancoAngeli, 2005, p. 128. La classificazione indicata nel testo è stata concepita trattando il c.d. *stalking* occupazionale (su cui, ad esempio, G. Pisani, *Il mobbing come stalking: prospettive e limiti*, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2016), ma sembra ben adattabile anche a vicende extralavorative, come lascia intendere A.M. Maugeri, *Lo* stalking, cit., p. 172. Si veda, infatti, H. Ege, *Al centro della persecuzione. Analisi, conseguenze e valutazioni del comportamento persecutorio*, Milano, FrancoAngeli, 2010, p. 56 ss. Fa leva sulla stessa distinzione anche M. Caputo, *Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, Jovene, 2011, p. 1407. Riferimenti anche in P. Coco, *La tutela della libertà individuale nel nuovo sistema 'anti-stalking'*, Napoli, Jovene, 2012, p. 176 ss.

[21] M.L. Mattheudakis, *L'imputazione "soggettiva" nell'ambito del delitto di atti persecutori (*stalking*)*, in *Ind. pen.*, 2014, in particolare p. 568 ss.

evidenza in senso opposto, mentre continua a inseguire la sua fantasia di una nuova intimità o di una speranza di riconciliazione»[22]. Rispetto a quest'ultima tipologia di *stalker*, dunque, potrebbe essere carente persino il profilo rappresentativo del dolo, considerato che la realizzazione di uno qualsiasi dei tre eventi tipizzati nell'art. 612-*bis* c.p. appare normalmente in antitesi con gli obiettivi perseguiti dal soggetto attivo: turbare la vittima, eventualmente al punto da farle persino cambiare abitudini di vita, è una strategia perdente in partenza e la sua messa in pratica da parte del persecutore affettivo deve allora ritenersi accompagnata spesso da un'incoscienza rispetto alle possibili implicazioni delle proprie condotte. Così, il dolo eventuale, se già è improbabile per la carenza dell'elemento rappresentativo, pare a maggior ragione da escludere ragionando secondo gli schemi della (prima) formula di Frank, a cui le Sezioni unite della Cassazione hanno assegnato un ruolo privilegiato[23].

3. *La soluzione di altri ordinamenti: il frequente privilegio per un'imputazione anche solo colposa degli effetti dell'agire persecutorio. Il punto di vista della* reasonable person

La possibile discrasia tra il livello di offensività dei comportamenti persecutori e quello della effettiva colpevolezza nel realizzar-

---

[22] P.E. Mullen, M. Pathé, R. Purcell, R. MacKenzie, *Lo* stalker*: creazione di una nuova categoria di paura, di reato e di studio*, in P. Curci, G.M. Galeazzi, C. Secchi (a cura di), *La sindrome delle molestie assillanti (stalking)*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 36.

[23] Sul punto, M. Caputo, *Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori*, cit., p. 1409, con specifico riferimento al cambiamento delle abitudini di vita, ritiene che non si possa escludere interpretativamente il dolo eventuale, come fa invece parte della dottrina «pur mossa da condivisibili intenti restrittivi», poiché altrimenti l'imputazione di tale evento sarebbe estremamente eccezionale: lo *stalker* (affettivo o distruttivo che sia) «ben difficilmente agirà con la certezza che le sue condotte comportino la scomparsa della vittima dal suo orizzonte di controllo». Come si può notare, la differenza consiste più che altro nel dare qui conto del fatto che, secondo un'autorevole presa di posizione della giurisprudenza di legittimità, peraltro successiva rispetto al contributo citato, senza la menzionata certezza potrebbe risultare preclusa persino l'affermazione del dolo eventuale. In argomento, si veda anche A. Valsecchi, *Il delitto di "atti persecutori" (il cd.* stalking*)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1396 e 1397.

li sembra proprio una delle ragioni che, in altri ordinamenti, hanno portato a tipizzare la fattispecie incriminatrice prescindendo talvolta da un atteggiamento psicologico pienamente doloso.

Si consideri, ad esempio, il *Protection from Harassment Act* del Regno Unito, risalente al 1997, ma emendato nel 2012 con l'inserimento delle sezioni 2a e 4a, dedicate proprio allo *stalking*. In tale contesto, il soggetto attivo è punito se «sa o dovrebbe sapere» («knows or ought to know») che il proprio agire risulta assillante e turba l'esistenza di un'altra persona.

Che includendo anche quella che viene talvolta indicata come «constructive knowledge» si tratti di un'imputazione sostanzialmente estesa alla colpa sembra essere confermato dal richiamo esplicito, nello stesso corpo normativo, alla *reasonable person*, figura su cui, come visto, i sistemi di *common law* parametrano la responsabilità colposa: si precisa, infatti, che l'agente «dovrebbe sapere» se una persona ragionevole in possesso delle stesse informazioni si renderebbe conto della nocività delle condotte concretamente poste in essere[24].

Il riferimento a una consapevolezza anche solo potenziale si

[24] Si vedano due passaggi analoghi della sezione 4a, (2) e (3): «A ought to know that A's course of conduct will cause B to fear that violence [oppure: serious alarm or distress which has a substantial adverse effect on B's usual day-to-day activities] will be used against B on any occasion if a reasonable person in possession of the same information would think the course of conduct would cause B so to fear on that occasion [oppure: such alarm or distress]». Nella dottrina britannica, a conferma che l'espressione «ought to know» implichi sostanzialmente un'apertura alla colpa, ad esempio, M.J. Allen, *Criminal Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 122, il quale fa proprio l'esempio del *Protection from Harassment Act*, riprendendone il testo emendato nel 2012. Nel senso che il criterio in questione valga ad affiancare a quella per dolo l'imputazione per *recklessness*, A.M. Maugeri, *Lo* stalking, cit., p. 70, a cui si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici. A ben vedere, che si possa trattare di una forma di *mens rea* capace di trovare corrispondenza, nel nostro sistema ma anche in quello britannico, soltanto nel paradigma colposo pare dimostrato dal fatto che la si consideri un parametro del tutto oggettivo – «a purely objective *mens rea* requirement», come dice E. Finch, *Stalking: A Violent Crime or a Crime of Violence?*, in *Howard Journal of Criminal Justice*, 2002, p. 423, con un espressione fatta propria dalla stessa A.M. Maugeri, *Lo* stalking, cit., p. 71 – mentre la versione di *recklessness* oggi decisamente privilegiata (se non l'unica ammessa) nell'ordinamento a cui ora ci si sta riferendo è quella "soggettiva" (la cosiddetta *Cunningham recklessness*), che richiede la consapevolezza effettiva del rischio assunto: così, ad esempio, J. Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 195 ss.

trova esplicitamente nelle discipline di diversi altri ordinamenti del "vecchio continente", dove è stato quindi declinato anche in culture giuridiche di *civil law*, come, ad esempio, in Belgio e in Lussemburgo: sia l'art. 442-*bis* c.p. belga, introdotto nel 1998, che l'art. 442-2 c.p. lussemburghese, introdotto nel 2009, puniscono oggi il persecutore «qu'il savait ou aurait dû savoir»[25].

Negli Stati Uniti d'America, la legislazione statale di contrasto dello *stalking* si è sviluppata partendo da una normativa modello federale del 1993, il *Model Anti-Stalking Code for the States*[26], oggetto di importanti raccomandazioni di aggiornamento nel 2007, che però hanno conservato il suggerimento rivolto ai legislatori statali di strutturare l'incriminazione richiedendo che le condotte siano realizzate «purposefully» (cioè deliberatamente) e che lo *stalker* «knows or should know» le possibili conseguenze pregiudizievoli per la vittima[27]. Non sempre si può assistere a un effettivo allineamento rispetto a tale modello, ma è significativo il numero degli Stati che lo hanno assecondato consentendo di prescindere dalla prova di una effettiva consapevolezza in capo allo *stalker* delle potenzialità dei propri comportamenti persecutori[28].

Al riguardo, non deve trarre in inganno il fatto che in questi casi si parli di «general intent» come requisito di *mens rea*: non si tratta affatto di espressione sinonimica rispetto a quella di dolo generico – così come a «specific intent» non corrisponde il concetto di dolo specifico –

---

[25] Per un quadro comparatistico relativamente recente sulle varie discipline europee, S. van der Aa, *New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2017-2018, p. 315 ss., in particolare p. 327 ss., dove si riporta un'appendice con la traduzione inglese dei testi legali considerati.

[26] In argomento, ad esempio, D. Mossman, *Stalking, Competence to Stand Trial and Criminal Responsibility*, in D.A. Pinals (ed.), *Stalking. Pshychiatric Perspectives and Pratical Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 178-179.

[27] The National Center for Victims of Crime, *The Model Stalking Code Revisited. Responding to the New Realities of Stalking*, Washington, National Center for Victims of Crime, 2007, in particolare p. 24.

[28] Si veda la rassegna delle diverse discipline statali in materia di *stalking* consultabile all'indirizzo *https://victimsofcrime.org/our-programs/past-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/criminal-stalking-laws-by-state*. Già nel 2007, si dava conto di come la scelta di prescindere da un'intenzionalità "malevola", dapprima minoritaria, fosse via via stata accolta dalla maggior parte delle legislazioni statali: The National Center for Victims of Crime, *The Model Stalking Code Revisited*, cit., p. 33

ma semplicemente si intende, almeno in questo ambito, che per la sussistenza dell'illecito può bastare una colpevolezza diversa rispetto a quella espressa da un agire pienamente intenzionale; può quindi eventualmente trattarsi anche di una responsabilità (almeno parzialmente) colposa[29]. Non stupisce allora che la giurisprudenza statunitense sia pervenuta a riconoscere, talvolta espressamente, la natura sostanzialmente colposa del criterio della consapevolezza solo potenziale[30].

In alcuni degli Stati federati in cui è invece richiesta l'intenzione di causare l'evento, come in California, dove la *section* 646.9 c.p. tipizza lo *stalking* come offesa in cui l'agente deve avere l'intenzione di provocare alla vittima una ragionevole paura per la propria incolumità o per quella di un famigliare, non mancano contributi volti a suggerire il passaggio a un criterio di imputazione colpevole più affine a quello suggerito dal modello federale, evidenziando la maggior aderenza di quest'ultimo rispetto alla realtà criminologica oggetto di incriminazione[31].

Questa digressione comparatistica sembra dimostrare come la tendenza giurisprudenziale italiana a forzare, già in fase definitoria, la struttura del dolo del delitto di atti persecutori sia dovuta a fat-

---

[29] Nella manualistica, ad esempio, R.G. Singer, J.Q. La Fond, S.B. Baughman, *Criminal Law*, 7ª ed., New York, Wolters Kluwer, 2018, pp. 71 e 72, che danno conto di come si tratti di concetti solitamente forieri di confusione nello stesso contesto penalistico statunitense; emblematica è l'intitolazione del relativo paragrafo: «"Specific" and "General" Intent: An Island of Confusion in an Ocean of Chaos». Nello stesso testo, in un approfondimento non dedicato allo *stalking* in particolare, si riconosce peraltro la natura colposa – «a negligence standard» – di un accertamento che si basi sul fatto che l'agente «"should have" known» (p. 120). Nella dottrina italiana, sulla non sovrapponibilità dei concetti di dolo specifico e di *specific intent*, si vedano le puntuali conferme di L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., p. 441 ss.

[30] Tra le decisioni più recenti che ammettono esplicitamente la natura sostanzialmente colposa – si parla, infatti, proprio di *negligence* nelle pagine delle motivazioni – dei parametri evocati dalle espressioni «should know» e «should have known», rispettivamente, Appellate Court of Illinois, First Judicial District, Sixth Division, 28 settembre 2018 (People v. Terry), in *https://courts.illinois.gov*, in particolare parr. 34-40; District of Columbia Court of Appeals, 31 luglio 2018 (Beachum v. United States), in *www.dccourts.gov*.

[31] In questo senso, ad esempio, C.B. Gregson, *California's Antistalking Statute: The Pivotal Role of Intent*, in *Golden Gate University Law Review*, 1998, p. 221 ss., in particolare p. 255 ss. L'approccio di questo contributo è interessante anche perché misura l'adeguatezza della disciplina californiana alla luce di casi reali (ad esempio, il caso *Halgren* del 1994) oppure inventati dall'Autrice, ma connotati in termini più che plausibili.

tori che altrove hanno giustificato l'affermarsi, in via del tutto ufficiale, di politiche criminali aperte a criteri di imputazione più flessibili, persino rispetto al dolo eventuale: quella dell'Iowa, ad esempio, è stata considerata dalla *Supreme Court* statale una disciplina poggiante su basi solide («reflects sound public policy»), ritenendo del tutto plausibile la protezione penale delle vittime anche da soggetti che, eventualmente per disturbi mentali, abbiano una percezione falsata della realtà o comunque non vogliano realmente nuocere, quando la realtà stessa appaia però oggettivamente insidiosa per la serenità e l'equilibrio psicologico delle vittime[32].

Si tratta, ancora una volta, di trovare un equilibrio tra prevenzione generale e colpevolezza.

A ben vedere, vi sono non poche vicende persecutorie animate da soggetti portatori di tratti abnormi (a volte, veri e propri disturbi) di personalità[33]. Non sono, però, gli unici casi in cui la prova del dolo può essere problematica. Si consideri che la maggior parte dei casi di *stalking* si sviluppano in danno dell'*ex partner* che viene morbosamente fatto oggetto di attenzioni al fine di riallacciare il rapporto. Secondo le indicazioni della psicopatologia forense, almeno nella metà dei casi di *stalking* non si pone un vero e proprio problema di imputabilità[34]. Sul punto ci sarà modo di ritornare in seguito, in particolare considerando alcune specifiche prospettive *de iure condendo*.

4. *Le reazioni della dottrina italiana di fronte alla limitata funzionalità del modello del delitto doloso d'evento. Ancora sulla plausibilità politico-criminale di uno* stalking *a imputazione colpevole differenziata*

È bene ora dare conto di come la dottrina penalistica italiana si sia posta di fronte ai profili problematici dell'imputazione dolosa

[32] Supreme Court of Iowa, 21 gennaio 1999 (State v. Neuzil), in *https://caselaw.findlaw.com*.

[33] Tra i contributi penalistici, in particolare, P. Coco, *La tutela della libertà individuale*, cit., pp. 176 e 177.

[34] Riferimenti in A. Micoli, *Il fenomeno dello stalking*, cit., p. 188.

prevista dall'art. 612-*bis* c.p. A differenza della giurisprudenza, che ha consolidato da subito l'orientamento che si è prima sottoposto a critica, la comunità degli studiosi ha espresso una pluralità significativa di opinioni, convergenti unicamente nel riconoscere che si tratti di un delitto doloso. A queste opinioni si dovranno ora dedicare alcune brevi considerazioni[35] finalizzate più che altro a verificare se, anche *de iure condendo* e soprattutto in via più ufficiale, la punizione degli atti persecutori possa auspicabilmente basarsi su una fattispecie a imputazione colpevole differenziata.

Prescindendo ora da quelle più "scontate", vi sono, da un lato, posizioni che tendono interpretativamente a contenere l'area della punibilità attraverso l'esclusione di una o più forme di dolo diverse da quella intenzionale[36] e, dall'altro lato, ve ne sono alcune che più o meno dichiaratamente avvertono come un limite significativo il dolo d'evento e anche per questo ritagliano la struttura del fatto tipico sottraendo in misura corrispondente sostanza all'oggetto del dolo[37].

Le impostazioni riconducibili al primo raggruppamento mirano a modellare interpretativamente la fattispecie incriminatrice in ter-

---

[35] Per una rassegna più puntuale delle diverse posizioni della dottrina italiana sul dolo del delitto di atti persecutori, sia consentito rinviare a M.L. Mattheudakis, *L'imputazione "soggettiva" nell'ambito del delitto di atti persecutori (*stalking*)*, cit., in particolare pp. 566, 574, 575 e 583.

[36] Nel senso che debba trattarsi di un dolo intenzionale, nella sostanza, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 2013, p. 233: «l'intendimento persecutorio dello *stalking* presuppone, infatti, che la volontà dell'agente sia diretta a provocare l'assillo della vittima»; con effetto equivalente, ma parlando (discutibilmente, perché gli eventi devono necessariamente verificarsi e non solo essere perseguiti) di dolo specifico, F. Bartolini, *Il reato di atti persecutori*, in *Riv. pen.*, 2014, p. 14. Nel senso di ammettere anche il dolo diretto (ma non quello eventuale), C. Sotis, *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come programmi d'azione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1156.

[37] Ad esempio, A.M. Maugeri, *Lo* stalking, cit., in particolare pp. 172 e 173. Si vedano anche, senza pretesa di esaustività, E. Venafro, *Commento art. 7 D.L. 23.2.2009 N. 11 (*stalking*)*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 488; E. Lo Monte, *Una nuova figura criminosa*, cit., p. 494; S. Bonini, *Lo stalking come reato: il nuovo art. 612-bis c.p. e le fattispecie penali previgenti, anche in prospettiva comparata*, in Provincia autonoma di Trento, *Lo stalking. Caratteristiche del fenomeno e strumenti di tutela* (reperibile nel sito *www.pariopportunita.provincia.tn.it*), Trento, Provincia autonoma di Trento, 2011, pp. 19 e 21; ancorché seguendo un percorso diverso da quello degli Autori appena citati, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 7ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, pp. 391 e 393.

mini particolarmente pregnanti, sia sotto il profilo dell'offensività che della colpevolezza e hanno forse il pregio di evitare quel "collasso" sul dolo eventuale che sembra invece implicitamente contraddistinguere l'orientamento consolidato della giurisprudenza. In questo modo, si evitano i tormenti tipici dell'accertamento del dolo eventuale, ma si propone una soluzione apertamente in controtendenza rispetto a una politica criminale (come quelle di *common law* passate poc'anzi in rassegna) che voglia allineare il più possibile l'illecito alla variegata realtà criminologica di riferimento.

In direzione opposta procedono le impostazioni che sfruttano l'ambiguità dell'espressione «in modo da» al fine di ricostruire il reato come illecito sussistente in forma consumata a prescindere dall'effettiva verificazione di almeno uno dei tre eventi menzionati. Per coloro che propongono *de iure condito* questa lettura degli atti persecutori come reato di mera condotta o, comunque, di pericolo concreto (uno schema tutt'altro che raro all'estero), al fine di provare il dolo, «sarà sufficiente accertare la volontà di realizzare i comportamenti reiterati e, in base all'interpretazione più rigorosa, idonei a cagionare l'evento»[38]. In questo modo, la definizione del dolo appare particolarmente assonante rispetto a quella formulata dalla giurisprudenza, che, infatti, in definitiva, avvicina un dolo di danno a un dolo di pericolo, palesando un'incoerenza (estranea invece alla tesi dottrinale ora in considerazione) rispetto alla premessa consistente nel concepire gli atti persecutori come reato di evento naturalistico.

Ancora meno pregnante è l'imputazione dolosa autorevolmente ricostruita da Ferrando Mantovani, il quale, anche in ragione delle difficoltà di provare la volontà di produrre gli eventi descritti dal legislatore, ha proposto di concepire questi ultimi come condizioni obiettive di punibilità, includendo così nell'oggetto del dolo soltanto le condotte[39]. Al di là delle generali perplessità che potrebbero sorgere in merito alla scelta di ricorrere oggi a un istituto controverso

[38] A.M. Maugeri, *Lo* stalking, cit., p. 172, dove, nella nota 226, si esprimono perplessità in merito alle tesi che restringono l'ambito di applicazione della fattispecie, esse «sembrando dimenticare la realtà criminologica di riferimento».

[39] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., pp. 391 e 393, dove si afferma esplicitamente che concepire gli eventi come elementi costitutivi del reato

come quello della condizione obiettiva di punibilità, la prospettiva in questione pare argomentata senza trarne le più coerenti conclusioni. Posto che non viene messa in discussione la necessità che gli eventi si verifichino e che gli stessi contribuiscono senz'altro quantomeno ad approfondire l'offesa al bene giuridico[40], si potrebbe allora trattare soltanto di condizioni obiettive di punibilità intrinseche[41]. Seguendo l'insegnamento della Corte costituzionale del 1988, pertanto, l'assetto che si verrebbe a creare sarebbe, nella sostanza, quello di un'imputazione colpevole differenziata, in cui a essere dolosa sarebbe effettivamente soltanto l'imputazione delle condotte, ma la colpa dovrebbe rappresentare il coefficiente di colpevolezza minimo riferibile agli eventi.

Tra le considerazioni più interessanti (anche) per la prospettiva *de iure condendo* che si intende indagare, vi sono quelle finalizzate a mettere in evidenza gli aspetti di funzionalità del dolo come criterio di imputazione degli eventi descritti nell'art. 612-*bis* c.p. In particolare, prescindere dal dolo può destare perplessità in capo a coloro che vi ricollegano una preziosa funzione bivalente nei casi di particolare emotività della persona offesa: di esclusione oppure di fondamento della responsabilità[42]. A ben vedere, però, anche ricorrendo a un'imputazione parzialmente colposa si riuscirebbe spesso a esclu-

---

«comporterebbe nella pressoché totalità dei casi l'insussistenza del reato per difetto di dolo. E, quindi, un'*interpretatio abrogans* dell'art. 612 *bis*» (p. 391).

[40] Lo stesso F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 391 sembra riconoscerlo perché, da un lato, sostiene che gli eventi «non accentrano in sé l'offesa del reato», ma, dall'altro, nell'affermare che «*arricchiscono soltanto la sfera di offesa del reato*», non esclude comunque la pertinenza ad essa.

[41] Al riguardo, si veda G. Losappio, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di "Atti persecutori"*. "Stalking the Stalking", in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 878, che, una volta escluso che possa trattarsi di condizioni obiettive di punibilità estrinseche, perché «gli *output* dell'art. 612-*bis* sono parti integranti ancorché non esaustive dell'offesa», si esprime direttamente a favore dell'imputazione integralmente dolosa, bypassando di fatto l'opzione intermedia delle condizioni obiettive di punibilità intrinseche.

[42] Ad esempio, P. Pittaro, *Introdotta la disciplina penale dello* stalking *dalle misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 663; A. Cadoppi, *Stile legislativo di* common law, cit., p. 119, a cui aderisce, almeno rispetto all'ipotesi che esclude la responsabilità penale, C. Sotis, *Formule sostanziali e fruibilità processuale*, cit., p. 1156. Risolve esplicitamente il problema richiamandosi alla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento in entrambi i casi, G. De Simone, *Il delitto di atti persecutori*, cit., pp. 44-45.

dere la punibilità per eventi verificatisi a causa di una spiccata sensibilità della vittima, per il semplice motivo che, in tali casi, tenderebbe a mancare la prevedibilità in concreto della reazione.

La vittima particolarmente fragile, in ogni caso, non verrebbe lasciata priva di adeguata tutela, in quanto, rendendo permeabile il giudizio di colpa alle cosiddette conoscenze superiori dell'agente concreto, la punibilità non risulterebbe affatto esclusa qualora il persecutore fosse a conoscenza della debolezza del suo bersaglio. Tutto ciò – lo si evidenzia – a dimostrazione di come anche un'imputazione colposa degli eventi del reato, se trattata seriamente (evitando scivolamenti verso insidiose forme di responsabilità oggettiva: questo è il rischio ed è bene non nasconderlo), possa consentire soluzioni equilibrate, di perimetrazione della punibilità tutt'altro che indiscriminata[43].

Le suggestioni comparatistiche e l'appurata superabilità di talune (forse le principali) obiezioni a una parziale ristrutturazione della fattispecie incriminatrice nel senso di rendere possibile, *ceteris paribus*, l'imputazione (anche) per colpa degli eventi alternativi rappresenta un'acquisizione importante per l'indagine che si sta conducendo. Tramite un intervento riformatore che non tralasci di adeguare contestualmente il trattamento sanzionatorio onde assicurare l'opportuna proporzione in termini di *Strafzumessungsschuld*, le odierne forzature della giurisprudenza potrebbero cessare di essere tali

[43] In termini critici rispetto all'ingresso della colpa nell'illecito, A. Nisco, *Gli eventi del reato di atti persecutori tra disorientamenti applicativi ed apporto delle scienze empirico-sociali*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 1 (web), p. 13 (richiamando, per considerazioni sul punto, la posizione di G. Löhr, *Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Straftatbestandes in Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 349 s.; più di recente, sulla disciplina tedesca, nel frattempo fatta oggetto di modifiche, V. Spohn, *Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz*, Baden-Baden, Nomos, 2017), che teme la penalizzazione «del tutto casuale di comportamenti anche solo socialmente sconvenienti». La preoccupazione, per quanto certamente meritevole di attenzione, non sembra, però, da sopravvalutare, soprattutto se si muove dalle premesse che lo stesso Autore sembra assumere in un altro passaggio dello scritto (p. 7 e nota 37), cioè di sostanziale accoglimento della metodologia dell'imputazione oggettiva dell'evento. Introducendo la necessità di un filtro qualitativo di adeguatezza della condotta, finisce per ridursi drasticamente il rischio di attrarre nell'ambito della tipicità comportamenti solo socialmente sconvenienti, proprio perché questi, nella prospettiva in parola, non dovrebbero essere considerati oltre la soglia di rischio consentito.

per effetto di una maggiore aderenza, anche *in the books*, dell'imputazione colpevole alla policroma fisionomia del fenomeno *stalking*.

La plausibilità di uno *stalking* a *imputazione colpevole differenziata* (*in senso stretto*, cioè interna alla tipicità) non implica però che non possano prendersi in considerazione anche altre soluzioni, che potrebbero bilanciare persino meglio i principi costituzionali in gioco. In questo contesto, è operazione particolarmente complicata trovare un soddisfacente equilibrio tra determinatezza, offensività, colpevolezza e istanze di tutela della vittima, perché il tentativo di implementazione di ciascuno di tali valori non di rado ha come riflesso la penalizzazione di altri[44].

5. *La definitiva preferibilità di un modello ingiunzionale*

Quanto considerato sulla pluralità di tipologie di *stalker* induce a guardare con speciale interesse a quei modelli di incriminazione già sperimentati altrove e basati su un agire reiterato che oggettivamente superi una determinata soglia di offensività, importante soprattutto con riferimento alle molestie (meno pregnanti e più ambigue rispetto alle minacce), e a cui segua la violazione di un'ingiunzione formale a desistere dal comportamento persecutorio. È quindi condivisibile l'apertura di una parte della dottrina italiana a una simile prospettiva di *extrema ratio*, che potrebbe comportare un «supplemento di gradualità nell'incriminazione», in «una dimensione più spiccatamente dialogico-comunicativa, cara alle componenti positive della prevenzione generale», peraltro «così incrementando il tasso di antigiuridicità del fatto»[45].

---

[44] Le difficoltà nel raggiungere un'equilibrata tipizzazione sono segnalate da diversi contributi. Nella letteratura italiana, per tutti, A.M. Maugeri, *La difficoltà di tipizzazione dello stalking nel diritto italiano e comparato*, in *Rass. it. crim.*, 2012, p. 201 ss.

[45] M. Caputo, *Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori*, cit., p. 1415, che menziona esplicitamente il modello danese previsto dal previgente § 265 c.p., la cui disciplina è poi stata riorganizzata dalla l. 3 febbraio 2012, n. 112 (sull'evoluzione della disciplina danese, S. van der Aa, *New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States*, cit., pp. 319 e 320). Su posizioni analoghe, A. Nisco, *Gli eventi del reato di atti persecutori*, cit., p. 13: «Favorendo il principio

È evidente che si avrebbe, al contempo, un guadagno anche in termini di colpevolezza, nel senso che la punibilità sarebbe allora riservata a quei soggetti disposti a dare sfogo alla propria campagna persecutoria a tutti i costi o quantomeno nonostante l'irrompere sulla scena di un segnale inequivocabile e non ignorabile come quello veicolato da un'autorità pubblica deputata a tutelare la sicurezza dei consociati. In seguito al provvedimento monitorio, infatti, nemmeno lo *stalker* affettivo avrebbe più margini di difesa per giustificare la riproposizione di molestie "benevole" come quelle di cui è stato protagonista. Percorrendo questa strada, quindi, si offrirebbe una drastica ma garantista soluzione al problema attuale dell'accertamento del dolo d'evento, che, come visto, conduce spesso la magistratura a palesi forzature.

Se si considera la speciale rilevanza statistica dello *stalking* tra *ex partner*, finalizzato a ricomporre il rapporto[46], sembra ragionevole rimettere al soggetto destinatario delle attenzioni insistenti la scelta sul se e quando erigere un muro ufficialmente invalicabile coinvolgendo le autorità pubbliche e "sprivatizzando" così la vicenda. È la desistenza immediata dai comportamenti indesiderati più che una futura condanna (e forse ancora meno il risarcimento del danno) ciò che interessa realmente alla vittima e un intervento mirato in questo senso sembra coniugare al meglio rapidità ed efficacia nella tutela così come *extrema ratio* punitiva.

L'opzione per il modello ingiunzionale potrebbe risultare più calibrato anche per le ipotesi (come già detto, non così rare) di disturbi della personalità tali da alterare significativamente (ancorché non del tutto, altrimenti la punizione in senso stretto sarebbe "fuori gioco"), in capo all'agente, la percezione della portata delle proprie

---

di sussidiarietà, andrebbe rivalutato il potenziale delle misure civilistiche di protezione: una strategia composita, che si affida al giudice civile per la ricostruzione del fenomeno, e che ricorre al diritto penale solo quando l'ordine emesso dal giudice è stato violato»; inoltre, F. Cingari, *La repressione dei fenomeni persecutori*, in *disCrimen*, 19 novembre 2019, p. 10 ss.

[46] Secondo una rilevazione statistica condotta dal Ministero della Giustizia e pubblicata nel 2014 (consultabile in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2014), nel 73,9% dei casi di *stalking*, il persecutore e la vittima erano stati legati in precedenza da una relazione sentimentale (slide 15); nel 51,3% dei casi (sempre totali), l'intento era quello di ricomporre il rapporto (slide 16).

condotte. Pure ricorrendo a un modello di imputazione colpevole differenziata di natura sostanzialmente preterintenzionale si potrebbe teoricamente mettere al riparo l'agente con disturbi della personalità dal rischio di eccessi punitivi, in particolare argomentando sulla carenza della c.d. misura soggettiva della colpa. Non va però trascurata la ritrosia della giurisprudenza a riconoscere spazi effettivi a tale dimensione di colpevolezza dell'illecito (anche solo parzialmente) colposo. Allora, ecco che un intervento demandato dalla persona assillata ad autorità pubbliche, le quali si dovrebbero adoperare prontamente al fine di esplicitare all'agente il superamento del limite tollerabile, sembra ancora una volta una soluzione equilibrata, essendo possibile associarle una funzione preventiva, auspicabile nella prospettiva della vittima (quantomeno potenziale), così come una importante funzione di garanzia per l'agente, perché più che in altri casi potrebbe non rendersi bene conto da solo di ciò che fa.

A ben vedere, non sarebbe nemmeno necessario inventarsi istituti inesistenti nel nostro ordinamento, perché proprio in materia di atti persecutori è previsto l'ammonimento del questore, anche se oggi ha una funzione diversa rispetto a quella di condizionare in tutti i casi l'incriminazione, operando per lo più in termini di circostanza aggravante del reato, il quale diventa peraltro procedibile d'ufficio[47].

Il reato potrebbe modellarsi sulla falsariga del recente art. 387-*bis* c.p. («Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa»): «Chiunque, essendovi legalmente sottoposto, violi gli obblighi o i divieti derivanti dal provvedimento che applica le misure cautelari di cui agli articoli 282-*bis* e 282-*ter* del codice di procedura penale o dall'ordine di cui all'articolo 384-*bis* del medesimo codice è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

---

[47] *De iure condito*, nel senso di ritenere possibile l'ammonimento del questore anche a fronte del semplice tentativo (sia esso compiuto o incompiuto) di atti persecutori, in particolare M. Mantovani, *Profili penali del cyberbullismo: la l. 71 del 2017*, in *Ind. pen.*, 2018, pp. 480-482, ove anche interessanti considerazioni sulle ragioni della non punibilità del soggetto che, una volta ammonito, si conformi alle prescrizioni rivoltegli. In questa prospettiva, già oggi il ricorso all'ammonimento del questore potrebbe valere a incanalare la punibilità in un percorso di matrice ingiunzionale analogo a quello proposto nel testo; la rilevante differenza è che, nella disciplina vigente, il coinvolgimento del questore è comunque del tutto eventuale.

Dalla disciplina attuale si potrebbe prendere spunto anche con riferimento ai casi in cui la volontà della vittima sia gravemente condizionata, ad esempio a causa di minacce gravi, e potrebbe allora non essere opportuno che l'ordinamento attenda una esplicita richiesta di intervento[48].

Questa apertura nei confronti di una soluzione alternativa dovrebbe sgombrare il campo da un possibile equivoco e cioè che in questa trattazione si voglia suggerire il ricorso all'imputazione colpevole differenziata ogni volta che essa consenta un accettabile bilanciamento dei principi costituzionali in gioco. Una seria analisi di politica criminale può indicare la percorribilità di strade ancora più efficienti per il sistema, che cioè contemperino nel miglior modo possibile tutti gli interessi contrapposti.

[48] Si veda il comma 4 dell'art. 612-*bis* c.p., che prevede oggi l'irrevocabilità della querela in tali casi.

Capitolo V

LA TUTELA PENALE DELLA SFERA SESSUALE DEI MINORI E LE IPOTESI DI *IGNORANTIA AETATIS*

1. *L'evoluzione della disciplina dell'art. 609-*sexies *c.p. e il corrispondente superamento della responsabilità oggettiva con riferimento all'età della persona offesa dei delitti sessuali: la genesi di un'ipotesi di imputazione colpevole differenziata non riconducibile allo schema preterintenzionale*

Di speciale importanza nell'economia di uno studio sull'imputazione colpevole differenziata sono due disposizioni dal significato precettivo sostanzialmente uguale, ma poste a disciplina di due diversi gruppi di fattispecie incriminatrici di tutela della persona. Ci si riferisce alle previsioni degli artt. 602-*quater* e 609-*sexies* c.p. È da quest'ultima che pare opportuno cominciare l'approfondimento, per il lungo percorso che sta alla base della sua attuale formulazione, che si deve alla l. 1° ottobre 2012, n. 172, di attuazione della Convenzione di Lanzarote del 2007[1].

[1] Tra gli scritti di commento della riforma del 2012 che maggiormente privilegiano il tema dell'ignoranza dell'età della persona offesa, G. Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'*error aetatis *e del concetto di pornografia minorile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1802 ss., in particolare p. 1803 ss. In questo contributo si nota, peraltro, come la scelta di riscrivere l'art. 609-*sexies* c.p. in modo da adeguarlo in termini "minimi" al principio di colpevolezza (come si chiarirà nel testo) non sia stata propriamente indotta dalla Convenzione di Lanzarote, perché essa si concentrava sulla punizione di condotte intenzionali (p. 1804).

Oggi, l'art. 609-*sexies* c.p. (rubricato ancora «Ignoranza dell'età della persona offesa») dispone: «Quando i delitti previsti negli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* e 609-*undecies* sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, e quando è commesso il delitto di cui all'articolo 609-*quinquies*, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile».

Si tratta di una previsione concepita evidentemente al fine di realizzare una tutela rinforzata nei confronti dei soggetti minorenni, attraverso una particolare responsabilizzazione di coloro che vi si relazionino dal punto di vista sessuale.

Il testo attuale della norma si distingue notevolmente dalla formulazione originaria, non tanto per l'espansione del catalogo dei reati a cui si riferisce – viene ad aggiungersi soltanto l'art. 609-*undecies* c.p. («Adescamento di minorenni»), introdotto in occasione della medesima riforma legislativa – quanto, già di più, per l'innalzamento della soglia d'età (non più quattordici, ma diciotto anni)[2] di operatività della disciplina in questione. L'innovazione più significativa, però, si coglie nell'inciso finale, che fa salva l'ignoranza inevitabile dell'età della «persona offesa»[3]: prima, invece, tale ignoranza non poteva mai essere invocata a propria scusa – non di

[2] È in particolare con riferimento alla mutata soglia di età che risulta pertinente il monito di G. Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi*, cit., p. 1804, per cui «le nuove previsioni non potranno avere effetto retroattivo *in malam partem*».

[3] Così si esprime il codice pur riferendosi anche a casi in cui è necessario che il soggetto "passivo" acconsenta – ma sua potrebbe essere persino l'iniziativa – alla commissione del fatto, come nell'ambito applicativo dell'art. 609-*quater* c.p., dove si trova declinato un paternalismo volto a proteggere i minori dal rischio di compiere scelte premature o insidiosamente condizionate da terzi sulla propria sessualità. Al riguardo, va dato conto anche dell'approccio della Corte di legittimità, che sembra quantomeno in linea con la logica presuntiva del codice quando, in tema di misure cautelari, riconduce pure il delitto di atti sessuali con minorenne a quelli «commessi con violenza alla persona»: «L'obbligo di notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare, previsto dall'art. 299, comma 2-*bis*, c.p.p. sussiste anche in relazione al reato di atti sessuali con minorenne di cui all'art. 609-*quater* c.p., giacché l'irrilevanza del consenso della vittima ai fini della configurabilità di detto reato ne determina la sussumibilità nel novero dei "delitti commessi con violenza alla persona"» (Cass. pen., Sez. III, 18 ottobre 2017, n. 5832, in *DeJure*).

rado si era parlato di «presunzione *iuris et de iure* di conoscenza»[4] – rendendo la fattispecie una delle più imbarazzanti ipotesi di responsabilità oggettiva ancora espressamente previste nel codice Rocco.

Dopo aver ingiustificabilmente perso una preziosa occasione in coincidenza della profonda revisione dei delitti sessuali del 1996[5], il legislatore è così arrivato a dare ascolto, almeno in parte, alle critiche della dottrina e si è deciso a rimodellare una previsione che la "Consulta" – lo aveva finalmente affermato nella sentenza n. 322 del 2007, qui già richiamata affrontando, più in generale, il percorso di superamento della responsabilità oggettiva, anche tramite l'interpretazione conforme – aveva giudicato costituzionalmente compatibile solo ammettendo la scusabilità dell'ignoranza inevitabile; né meno né più, perché per la Corte una disposizione come quella del previgente testo dell'art. 609-*sexies* c.p. sarebbe lesiva del principio di colpevolezza «unicamente nella parte in cui neghi rilievo all'ignoranza o all'errore inevitabile sull'età»[6]; due condizioni psicologiche normativamente assimilabili perché, come già detto con riferimento

---

[4] Così anche la Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 322 del 2007 (già nel punto 1 del «Ritenuto in fatto»).

[5] In occasione della riforma organica dei reati sessuali (l. 15 febbraio 1996, n. 66), spostati tra i delitti contro la libertà personale, nell'art. 609-*sexies* c.p. si è riproposta senza variazioni di sostanza la regola di imputazione fino ad allora prevista dall'art. 539 c.p. (contestualmente abrogato). In questo modo è stata confermata nell'ordinamento una chiara ipotesi di responsabilità oggettiva, nonostante i tempi fossero già maturi per una maggiore sensibilità nei confronti del principio di colpevolezza. All'indomani di tale riforma, per analoghe considerazioni critiche, ad esempio, A. Cadoppi, *Art. 7*, in Id. (coordinati da), *Commentario delle "norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, Padova, Cedam, 1996, p. 185 ss.; A. di Martino, *Commento all'art. 7 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 456 ss.; M. Bertolino, *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, pp. 69 e 70; S. Moccia, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996, n° 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 416 ss. In seguito, sulla frustrazione delle aspettative di superamento della responsabilità oggettiva, ampiamente, L. Risicato, Error aetatis *e principio di colpevolezza: un* perseverare diabolicum*?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 584 ss.

[6] Corte cost., 11 luglio 2007, n. 322, cit. (punto 3.2 del «Considerato in diritto»).

all'art. 5 c.p., anche chi erra, di fatto, ignora la (vera) realtà dell'oggetto su cui cade l'errore[7].

Invertendo rotta rispetto all'ultima pronuncia sul punto[8], la "Consulta" era arrivata a prendere atto della maturazione, al proprio interno, di un percorso evolutivo nella lettura dell'art. 27, comma 1, Cost., non più limitato al divieto di responsabilità penale per fatto altrui, ma inteso anche come fondamento positivo del principio di colpevolezza (nel senso, più che altro, di *nullum crimen sine culpa*). Complice forse pure l'inadeguatezza del *petitum* formulato dal giudice *a quo*, il quale prospettava una rimozione completa della norma dall'ordinamento e non aveva motivato sulla rilevanza della questione nel caso concreto, la Corte non aveva potuto fare altro che prospettare un'interpretazione *secundum Constitutionem*, per taluno, però, difficilmente praticabile[9]; aveva quindi fatto ricorso a una pronuncia di inammissibilità, dall'efficacia controversa e non paragonabile a quella che si riconosce alle sentenze di accoglimento, indubbiamente valide *erga omnes*[10]. Non è escluso che ciò abbia

---

[7] Vigente l'art. 539 c.p., autorevole dottrina aveva proposto di riferirne la rigorosa disciplina alle sole ipotesi di «ignoranza pura», escludendo così i casi di errore: D. Pulitanò, voce *Ignoranza*, cit., p. 46. Nonostante il raffinato tentativo di motivare circa la ragionevolezza di una simile differenziazione, si trattava per lo più di un espediente concepito al fine di arginare il più possibile la deroga al principio di colpevolezza.

[8] Corte cost., 30 giugno 1983, n. 209, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2651 ss., con commento critico di G. Fiandaca, *Inescusabilità dell'errore sull'età della persona offesa nella violenza carnale e principi costituzionali*, c. 2652 ss.; altrettanto critico, T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una* fictio *assurda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 429 ss. Per la precisione, in tal caso, si giudicava l'art. 539 c.p., il cui testo, come detto, è stato riprodotto nella previgente versione dell'art. 609-*sexies* c.p.; il che rende pertinente il riferimento.

[9] Così, *a posteriori*, A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 163, per cui l'interpretazione conforme si poneva oltre i limiti consentiti dal testo: «Un'interpretazione, in tutta onestà, difficilmente praticabile – se ancora ha valore il dato letterale – stante la chiara formulazione dell'art. 609-*sexies* nei termini di una preclusione assoluta, genericamente rivolta a qualsiasi tipo di ignoranza».

[10] Diffusamente sulle implicazioni del ricorso a una pronuncia di inammissibilità, L. Risicato, *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris, cit., p. 1469, che intravedeva delle incognite nell'affidare alla sensibilità dei singoli giudici di merito l'adeguamento dell'istituto in questione al principio di colpevolezza: all'orizzonte,

contribuito ad appannare il vigoroso messaggio col quale è stato difeso e per certi versi potenziato il rango costituzionale del principio di colpevolezza, ancora oggi svilito in troppi orientamenti giurisprudenziali, come si è visto, in particolare, con riferimento all'omicidio preterintenzionale, per il quale, a differenza di ciò che riguarda l'età minorenne della persona offesa, il problema di imputazione concerne un evento.

A fronte di questo quadro, solo un legislatore davvero sordo non avrebbe colto l'occasione della riforma del 2012 (per l'esattezza, non estesa ai soli reati sessuali) per riscrivere la norma, adeguandola agli *standard* minimi di colpevolezza costituzionalmente imposti. È così che la previsione è stata modificata attenendosi alle indicazioni della "Consulta", dalle quali è stato mutuato anche il lessico; peraltro lo stesso impiegato nel 1988 per introdurre la storica eccezione all'intransigenza dell'art. 5 c.p.

2. *La duplice rilevanza sistematica dell'età della persona offesa*

2.1. *L'età quale elemento costitutivo del reato. Cosa resta del dolo?*

Un'importante distinzione riguardo all'ambito applicativo dell'attuale art. 609-*sexies* c.p. riguarda, da un lato, i casi in cui l'età della persona offesa assume il rango di elemento costitutivo del reato e, dall'altro, quelli in cui rileva come circostanza aggravante.

Rispetto ai delitti previsti dagli artt. 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*undecies* c.p., si può ben riconoscere come il riferimento all'età (non sempre la stessa, ma comunque inferiore ai diciotto anni) individui un vero e proprio elemento della tipicità su cui si concentra in modo decisivo l'offesa al bene giuridico. Quanto all'art. 609-*quater* c.p. («Atti sessuali con minorenne»), ad esempio, la Corte costi-

---

«un insperato progresso o, per contro, il *de profundis* definitivo per i destini costituzionali della rilevanza scusante dell'errore incolpevole sull'età». In generale, sui diversi effetti delle possibili pronunce della Corte costituzionale, si veda, ad esempio, il *paper* "interno": M. Bellocci, T. Giovannetti (a cura di), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, 2010, in *www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do*.

tuzionale ha opportunamente rilevato che «l'età infraquattordicenne dell'offeso rappresenta l'elemento su cui gravita l'intero disvalore della fattispecie tipica»; «proprio e soltanto il dato anagrafico», infatti, «segna il confine tra il fatto delittuoso ed un rapporto sessuale lecito tra soggetti consenzienti»[11], sicché «deve poter essere collegato all'agente anche dal punto di vista soggettivo, così da rendere la sua condotta, alla stregua delle indicazioni proposte dalla sentenza n. 364 del 1988, espressiva di un "rimproverabile" contrasto o indifferenza rispetto ai valori sanciti dalla norma incriminatrice»[12].

È più che evidente il cambiamento di prospettiva e di linguaggio rispetto a una pronuncia del 1957 in cui la Corte costituzionale, giudicando conforme a Costituzione il previgente art. 539 c.p., aveva definito l'età della persona offesa nei reati sessuali come «una condizione (non obiettiva) di punibilità, la cui consapevolezza è estranea al nesso tra azione ed evento»[13], palesando così una certa "creativi-

[11] Si tratterebbe, più precisamente, dell'esercizio di un vero e proprio diritto, con evidenti addentellati costituzionali. Per una distinzione tra fatto penalmente lecito e diritto, con particolare riferimento al contesto biogiuridico, ma con ambizione di generalizzazione, S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, il Mulino, 2015, in particolare pp. 8 e 66: l'Autore procede, appunto, a una tripartizione, individuando «la sfera del reato», «la "terra di mezzo" del penalmente lecito» e «l'universo dei diritti». In una recente e discussa pronuncia in tema di prostituzione, la Corte costituzionale ha ribadito (richiamando sul punto un proprio precedente del 1987) che la libertà sessuale rientra tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'articolo 2 della Costituzione, sottolineando inoltre la connessione con il successivo articolo 3, comma 2, il quale, «al fine di rendere effettivi tali diritti, impegna altresì la Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono "il pieno sviluppo della persona umana"» (punto 5.1 del «Considerato in diritto»): Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141, ad esempio, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2019, con commento di S. Bernardi, *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l'esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?*. Sulla stessa sentenza, tra gli altri, A. Massaro, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1617 ss.; A. Pace, *Le* escort *di S.B., ma Aspasia e Pericle*, *ivi*, p. 1614 ss. Precedentemente, muovendo dall'ordinanza di rimessione della Corte app. Bari (Sez. III, 6 febbraio 2018), A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2018.

[12] Corte cost., 11 luglio 2007, n. 322, cit. (punto 2.2 del «Considerato in diritto»).

[13] Corte cost., 26 giugno 1957, n. 107, cit., sulla quale si vedano le coeve considerazioni critiche di G. Vassalli, *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità obiettiva per fatto proprio*, cit., p. 1005 ss. A ben vedere, la sentenza

tà": «l'istituto delle condizioni *non* obiettive di punibilità è infatti estraneo alla tradizione penalistica italiana, che riconosce semmai alle condizioni di punibilità natura *oggettiva ex* art. 44 c.p.»[14].

Dopo la riforma dell'art. 609-*sexies* c.p., se non già a partire dalla menzionata pronuncia del 2007, sono i "termini" della rimproverabilità quelli che più interessano, essendosi risolto, almeno a livello di principio, il problema relativo all'*an* della rimproverabilità stessa.

Quale premessa a ogni considerazione successiva, si deve esplicitare un dato finora rimasto implicito nella trattazione. Deve cioè osservarsi che la tipizzazione dei reati a cui si riferisce l'art. 609-*sexies* c.p. lascia credere di essere in presenza di delitti "ordinariamente" dolosi[15]; ciò, almeno, in una prospettiva "atomistica", non ancora sistematica. Nel testo degli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies* 609-*octies* e 609-*undecies* c.p., non vi è infatti alcun riferimento né alla colpa né ai suoi elementi più rappresentativi.

Attenendosi allora alla disciplina di parte generale prevista per i delitti dolosi (artt. 43, comma 1, 1° alinea, e 47 c.p.), quando l'età è un elemento costitutivo del reato, la sua percezione in capo al sog-

---

evolutiva del 2007 ha comunque mostrato una certa indulgenza nei confronti del proprio precedente di mezzo secolo prima in punto di inquadramento sistematico dell'età della persona offesa: la sua imputazione in linea con il principio di colpevolezza viene imposta «quale che ne sia il ruolo nella struttura della fattispecie (elemento costitutivo, presupposto del fatto, "condizione non obiettiva di punibilità")».

[14] Così, condivisibilmente, L. Risicato, Error aetatis *e principio di colpevolezza*, cit., p. 593, che rileva una «palese contraddizione in termini».

[15] Consultando pressoché qualsiasi raccolta di commenti degli articoli codicistici in questione, non di rado a firma di autori diversi, al momento della descrizione dell'imputazione colpevole, si parla di dolo, di delitto doloso, oppure ancora di punibilità a titolo di dolo generico piuttosto che specifico. Solo in qualche riga di precisazione si dà conto della possibile anomalia relativa all'imputazione sostanzialmente colposa dell'età della persona offesa quale elemento costitutivo a regime eccezionale. Così, ad esempio, nei commenti degli artt. 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*undecies* c.p. (i primi due) di S.R. Palumbieri (rispettivamente, p. 2549 ss., in particolare p. 2558; p. 2561 ss., in particolare pp. 2568 e 2569) e (l'ultimo) di M. Boggiani (p. 2596 ss., in particolare p. 2599), in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit. Nello stesso senso, si veda anche N. Mazzacuva, *Delitti contro la persona: le altre ipotesi di tutela*, in S. Canestrari, L. Cornacchia, A. Gamberini, G. Insolera, V. Manes, M. Mantovani, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., pp. 671-673 e 676 s.

getto agente non potrebbe fare difetto per pervenire a un giudizio di responsabilità. Così, l'errore sull'età rileverebbe come errore sul fatto, *ex* art. 47 c.p., con la conseguenza di escludere il dolo e, per tale via, la «punibilità» di cui parla la disposizione codicistica appena menzionata[16].

In questa tipologia di delitti sessuali, dunque, l'art. 609-*sexies* c.p. ha la funzione di derogare alla generale disciplina dell'imputazione dolosa, in particolare sottraendo all'oggetto del dolo – è un'"erosione" legislativa dei suoi contenuti – l'elemento dell'età, la cui ignoranza viene a essere disciplinata *come se fosse* un'ipotesi di ignoranza della legge penale: identica, come detto, è la terminologia rispetto a quella dell'art. 5 c.p., nel senso che il criterio di imputazione è incentrato sull'evitabilità[17]. Una significativa differenza, però, come sta via via affiorando, consiste nella più accentuata criticità di

[16] Così, ad esempio, in termini convincenti, A. Cadoppi, *Art. 609*-sexies *c.p.*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, p. 723. Una conferma proviene dalla più volte citata sentenza n. 322 del 2007 della Corte costituzionale, quando riconosce che la radicale espunzione di una norma come quella della previgente versione dell'art. 609-*sexies* c.p. avrebbe avuto «l'effetto di rendere applicabili all'età infraquattordicenne dell'offeso le disposizioni generali in tema di imputazione dolosa e di errore, di cui agli artt. 43 e 47 cod. pen.» (punto 3.1 del «Considerato in diritto»).

[17] Pronunciandosi sull'art. 539 c.p., autorevole dottrina aveva proposto un ampio accostamento tra errore sull'età ed errore sul precetto, in cui il primo finirebbe per risolversi in non pochi casi: «l'errore sul limite di età non è sempre assimilabile ad un errore sul fatto puro e semplice». Si è sostenuto che, quando si erra sull'età di un giovane, «la situazione si prospetta in termini del tutto analoghi a quelli dell'errore su un elemento normativo, caratterizzato, per l'appunto, da una falsa rappresentazione (o da un difetto di rappresentazione) non dipendente dalla percezione del fatto materiale, ma dal corretto apprezzamento del suo significato»: T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici*, cit., p. 439 ss. (in particolare, pp. 440 e 441), il quale evidenziava comunque la necessità di estendere il rimprovero di colpevolezza all'elemento dell'età, così come, in termini del tutto analoghi, al precetto penale in genere; auspici che hanno iniziato a trovare concretizzazione a partire dal 1988. Per ulteriori osservazioni sulla qualificazione giuridica dell'elemento della minore età, anche evidenziando la labilità dei confini tra elementi descrittivi ed elementi normativi della fattispecie, L. Risicato, *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris, cit., p. 1470 ss., che si sofferma, in particolare, sull'ipotesi che si possa trattare di un «elemento normativo di fattispecie di tipo "valutativo"» (p. 1471), su cui, più in generale, Ead., *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., p. 220; inoltre, A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore*, cit., pp. 164 e 165.

ritenere fino in fondo dolosa la realizzazione della fattispecie in presenza del tipo di ignoranza ora in considerazione.

Posto che il giudizio di evitabilità evoca, come si è già avuto modo di vedere, il ricorso a un parametro colposo, si assiste a peculiari interferenze tra dolo e colpa all'"interno" di delitti che si è abituati a qualificare come dolosi. La differenza rispetto ai casi di *culpa iuris* sul precetto penale, nei quali, per effetto della *Schuldtheorie*, non è affatto pregiudicata la qualificazione dolosa del reato commesso in condizioni di ignoranza della disciplina incriminatrice (fermo quanto considerato criticamente riguardo alle fattispecie poco pregnanti), è che qui si tratta di una colpa che matura riguardo a un elemento costitutivo del fatto tipico. Nell'ambito del delitto di atti sessuali con minorenne, ad esempio, aver costruito l'illecito sull'elemento dell'età del giovane partner consenziente quale unico profilo di disvalore – così è, almeno, per la fattispecie basilare del comma 1, n. 1, riferita agli infraquattordicenni – comporta che, tramite la rilevanza penale di ignoranza o errore evitabili sul dato anagrafico, siano punibili anche realizzazioni spiccatamente colpose. Ciò avviene per mezzo di una tecnica legislativa particolare, di microsistema, cioè, in un certo senso, di "parte generale" rispetto ai delitti sessuali e, comunque, in osservanza dell'art. 42, comma 2, c.p. e del suo significato di garanzia: non è menzionata esplicitamente la colpa, ma, in termini comunque soddisfacenti il requisito, uno dei suoi contrassegni più identificativi, in particolare dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale in avanti[18].

In questo contesto più che in altri, quando il baricentro dell'illecito poggia su un elemento per il quale è sufficiente l'imputazione colposa, è tutt'altro che scontato l'approccio agli altri elementi costitutivi. È in questo percorso, non ancora sviluppato fino in fondo dalla dottrina, che si schiude uno degli scenari più interessanti e di importanza centrale per l'idea di imputazione colpevole differenziata.

Al riguardo, occorre chiedersi, ad esempio, se l'addebito di tali ulteriori elementi continui a seguire le regole dell'imputazione do-

[18] In senso contrario, P. Pierri, *L'ignoranza dell'età del minore nei delitti sessuali*, Bari, Cacucci, 2009, pp. 92 e 93, per la quale non sarebbe qui soddisfatto il requisito imposto dall'art. 42, comma 2, c.p.

losa oppure si debba riconoscere che la "clausola" dell'art. 609-*sexies* c.p. abbia l'effetto di generare, accanto a quelle dolose, delle fattispecie puramente (cioè del tutto) colpose[19]. Si deve giusto aver presente che, se quest'ultimo fosse il caso, si potrebbe forse – ma è evidente che non sarebbe affatto auspicabile – arrivare a punire per il delitto dell'art. 609-*quater* c.p. anche colui che compia involontariamente atti di natura sessuale col soggetto minorenne: si pensi alla carezza di un cantante famoso a cui, per (controllabile) distrazione, scivoli la mano, raggiungendo così il seno della fan adolescente, per coincidenza infatuata al punto da sperare di potersi relazionare (anche) sessualmente con lui.

Se, alla ricerca di una soluzione ragionevole, si volesse fare leva su un'interpretazione pregnante del verbo compiere, sostenendo cioè che esso richieda necessariamente una piena contezza del gesto da parte del soggetto agente, anche nella prospettiva di valorizzare la dimensione bilaterale del consenso – non a caso definito comunemente non già come mera volontà rispetto a qualcosa, ma come «conformità di voleri»[20] – necessario affinché non si sfoci nell'ambito della violenza sessuale, più che arricchire la *suitas* (che normalmente è soddisfatta dalla dominabilità della condotta), non si farebbe altro che confermare la natura essenzialmente dolosa di una porzione dell'illecito.

Resterebbe poi da inquadrare il caso della condotta tenuta volontariamente, ma ritenendo erroneamente che non abbia significato sessuale, anche se questa sembra un'ipotesi destinata a essere spesso qualificata dalla giurisprudenza in termini di *Subsumtionsirrtum* (er-

[19] Per una lettura del genere, ancorché con riferimento alla disposizione dell'art. 602-*quater* c.p. (ma senza che ciò incida sul senso del discorso, perché l'Autore si riferisce proprio a quei casi in cui «la sostanza illecita del fatto» è «essenzialmente costituita dall'età minorenne del soggetto passivo»), G. Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi*, cit., pp. 1807 e 1808, che ravvisa «ipotesi colpose *tout court* equiparate a quelle dolose».

[20] Così il vocabolario *on line* Treccani (*www.treccani.it/vocabolario/consenso*). In senso analogo, S. Canestrari, voce *Il consenso informato*, in *Europa. Le sfide della scienza*, Roma, Treccani, 2018, p. 450, che, pur reputandolo «un concetto ampiamente polisemico», definisce il consenso, in prima battuta, come «adesione all'altrui volontà». Sul consenso è incentrata la recente monografia di F. Diamanti, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, Torino, Giappichelli, 2019, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

rore di sussunzione), con conseguente assoggettamento, come è noto, al regime giuridico dell'art. 5 c.p., che non vale a escludere il dolo[21]. Discorso analogo potrebbe riferirsi anche alla (corretta percezione della) relazione qualificata intercorrente tra i due soggetti nel contesto del comma 1, n. 2 oppure del comma 2 e, in quest'ultimo caso, ad arricchire il quadro vi sarebbe pure l'elemento dell'«abuso [da parte dell'adulto] dei poteri connessi alla sua posizione»[22].

È chiaro che più si rintuzzano, nel merito, i tentativi di verificare la praticabilità dell'addebito colposo (anche) degli elementi dell'illecito diversi dalla giovane età della persona offesa, proporzionalmente, non si fa altro che confermare la plausibilità dell'ipotesi di trovarsi al cospetto di una vera e propria *imputazione colpevole differenziata* (*in senso stretto*, cioè interna alla tipicità)[23], quale unica alternativa a quella integralmente dolosa.

Del resto, non si può qui constatare il ricorso a formule poco selettive nell'"aprire" alla responsabilità colposa, come «se il fatto è commesso per colpa», che pure il legislatore ha impiegato in altre previsioni della parte speciale, contenute a volte in un comma diverso dello stesso articolo codicistico in cui si descrive la corrispondente versione dolosa del reato (è il caso degli artt. 261, comma 5, 262, comma 5 e 355, comma 3, c.p.); altre volte in un articolo separato, normalmente riferito a un gruppo di fattispecie (artt. 452, commi 1 e 2 e 452-*quinquies*, comma 1, c.p.)[24].

Pertanto, se parlare di illecito colposo può avere una certa effi-

---

[21] Sul punto, ad esempio, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 506 e 507.

[22] Resta pur vero che, in caso di relazione qualificata tra i due soggetti, tende a ridursi, talvolta drasticamente, la possibilità che siano poste credibilmente questioni difensive sull'ignoranza dell'età effettiva del minorenne. Nei contesti famigliari, addirittura, il problema è quasi impossibile che si ponga; difatti, al momento in cui si scrive, nella banca dati *DeJure*, tra le poche pronunce relative all'art. 609-*sexies* c.p., nessuna si riferisce a tali contesti.

[23] Nel senso che si tratti di dolo misto a colpa, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, cit., p. 271.

[24] In tali casi, le espressioni sono del tutto equivalenti – anzi, pressoché identiche anche nella forma – a quella riportata letteralmente nel testo: «Chiunque commette, per colpa, alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 438 e 439 […]»; «Quando sia commesso per colpa alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 440, 441, 442, 443, 444 e 445 […]»; «Se taluno dei fatti di cui agli articoli 452-*bis* e 452-*quater* è commesso per colpa […]».

cacia sul piano descrittivo, tanto più in alcuni casi tra cui vi è senz'altro quello degli atti sessuali con minorenne, a livello di struttura ci si trova di fronte ad aperture alla colpa circoscritte e che allargano in modo non grossolano, ma calibrato l'area della punibilità; ciò a dimostrazione di come guardare a modelli di imputazione colpevole "composita" non implichi una radicale "contravvenzionalizzazione" del delitto[25].

2.2. *Le interferenze tra la disciplina dell'art. 609-*sexies *c.p. e il dolo specifico*

Rivolgere lo sguardo agli altri due delitti in cui l'età ha natura di elemento costitutivo può offrire ulteriori spunti di riflessione: ci si riferisce a quello di «Corruzione di minorenne» (art. 609-*quinquies*) e a quello di «Adescamento di minorenni» (art. 609-*undecies* c.p.).

Anche in tali fattispecie, l'età del soggetto minorenne condiziona in modo decisivo la punibilità del fatto. La tipizzazione articolata in più elementi costitutivi può essere analizzata a partire dalle stesse premesse sviluppate con riferimento al delitto di atti sessuali con minorenne e ripropone quesiti del tutto analoghi, anche se il dato forse più interessante è che il legislatore ha qui fatto ricorso pure al dolo specifico.

Nell'ambito della corruzione di minorenne, suddivisa in due diverse ipotesi, viene inizialmente considerato il compimento di atti sessuali «in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farla assistere» (comma 1). La stessa pena, se il fatto non costituisce più grave reato, viene estesa alla condotta consistente nel fare assistere un infraquattordicenne al compimento di atti sessuali, dal vivo oppure tramite l'esibizione di materiale pornografico, in ogni caso al fine di indurre lo stesso minore a compiere o subire atti sessuali.

Nel contesto dell'adescamento di minorenni, la responsabilità penale è subordinata alla circostanza che l'adescamento (descritto nell'ultima parte della disposizione essenzialmente quale «atto volto

[25] Il riferimento più immediato è alla terminologia efficacemente impiegata, a partire dal titolo, nella già citata opera di M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit.

a carpire la fiducia del minore») di un infrasedicenne avvenga «allo scopo di commettere» almeno uno dei reati indicati in un catalogo chiuso, per lo più riferito ai delitti sessuali, ma non solo: infatti, il primo reato elencato è quello di cui all'art. 600 c.p. («Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù»), la cui tipicità può anche prescindere da implicazioni sulla sfera sessuale della persona offesa.

Prescindendo dall'elemento della giovane età della persona coinvolta, le finalità su cui il legislatore ha incentrato il dolo specifico sarebbero in alcuni casi penalmente neutre e talvolta persino di incerto disvalore intrinseco. Si pensi, in particolare, all'art. 609-*quinquies* c.p., dove gli scopi di fare assistere un terzo al compimento di atti sessuali oppure di indurlo – non si parla qui, per esempio, di costrizione – a interagire sessualmente vanno incontro indubbiamente a una "crisi d'identità": il comportamento smarrisce quella precisa carica insidiosa che è fisiologicamente collegata a un soggetto passivo di giovane età, di cui si tutela il corretto sviluppo psico-fisico[26]. Se realizzato nei confronti di un adulto, il fatto assume al più un significato molesto[27].

In non pochi casi di adescamento di minorenni, invece, il fine dell'agente esprime un disvalore riconoscibile e non molto eterogeneo (seppur un po' meno significativo) anche immaginando lo stes-

[26] In questo senso, ad esempio, P. Veneziani, S. De Bonis, *I delitti sessuali contro i minorenni*, in A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, 2ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, pp. 84 e 85, riproponendo così l'idea ormai piuttosto consolidata dell'opportunità di una ricostruzione differenziata del bene giuridico tutelato nell'ambito dei vari reati sessuali.

[27] Si veda un recente arresto della giurisprudenza di legittimità, che evidenzia una perdita di specificità del bene giuridico tutelabile penalmente in casi simili: «L'esibizionismo o il compimento di atti di masturbazione in presenza di terze persone costrette ad assistervi, senza che vi sia alcun contatto con i genitali o le zone erogene, non consentono di ritenere configurabile la violenza sessuale, quanto, piuttosto, il delitto di violenza privata se, come nella specie, è stato appurato che la vittima era stata costretta, mediante violenza o minaccia, a tollerare l'autoerotismo compiuto dall'imputato» (Cass. pen., Sez. IV, 4 maggio 2018, n. 36742, in *DeJure*).

Rispetto alla casistica appena considerata, così come per ipotesi lievemente invasive della dimensione corporea-sessuale altrui, deve condividersi quella corrente dottrinale che da tempo suggerisce, anche e soprattutto a fini di recupero della necessaria proporzione sanzionatoria, l'introduzione di una fattispecie di «molestie sessuali». Sul punto, si tornerà, anche con più puntuali riferimenti bibliografici, nel corso della trattazione dei profili di consenso riguardo ai reati sessuali che possono essere commessi anche nei confronti degli adulti.

so fatto come commesso nei confronti di una persona maggiorenne. È piuttosto intuitivo constatare come ciò avvenga specialmente nei casi di adescamento proiettato alla commissione di delitti rispetto ai quali la minore età rappresenti un elemento circostanziale e non costitutivo dell'illecito: così è, ad esempio, se il fine dell'adescatore è quello di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù. Il delitto dell'art. 600 c.p., infatti, è "semplicemente" aggravato se commesso nei confronti di minori, come dispone l'art. 602-*ter*, comma 1, lett. *a*, e comma 5, c.p. Interessante è poi notare, in questo caso, la sovrapposizione degli artt. 609-*sexies* e 602-*quater* c.p., il primo riferito più direttamente alla dimensione di tipicità dell'adescamento e l'altro collegato (nello stesso senso, ancorché in termini meno determinanti) all'elemento circostanziale del reato scopo.

Specie nei casi appena considerati, anche in presenza di un'ignoranza evitabile dell'età della persona offesa, risulta difficile sostenere che una porzione dell'illecito non evochi comunque un'imputazione necessariamente dolosa, che non va quindi appannata, pur nella sua "parzialità" rispetto al complesso degli elementi di tipicità. Ancorché potenzialmente condizionata nella sua fisionomia d'insieme, l'organizzazione finalistica dell'agire verso orizzonti che mantengono un chiaro disvalore non pare destrutturata al punto da potersi parlare di definitiva trasfigurazione nella responsabilità colposa. Con essa si delinea piuttosto una convivenza[28]; situazione di per sé non inusuale per i reati qualificati da un dolo specifico, il quale – lo si è già visto in fase di trattazione generale di tale forma di dolo – normalmente tollera l'affiancamento di criteri di imputazione meno pregnanti sul piano volitivo, purché riferiti a elementi diversi della fattispecie.

---

[28] La strutturazione dell'art. 609-*quinquies* c.p. come delitto a dolo specifico induce S. Medioli Devoto, *Ignoranza dell'età della persona offesa (art. 609*-sexies *c.p.)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Assago, Utet, 2015, p. 857, a esprimersi in termini particolarmente critici sulla scelta legislativa di includerlo nel catalogo delle fattispecie a cui può applicarsi la disciplina dell'art. 609-*sexies* c.p.: «Quest'ultima disposizione, infatti, nel tratteggiare un caso di presunzione di conoscenza, ovvero di generale superfluità nell'accertamento del momento soggettivo, appare in stridente contrasto con l'intero impianto dell'art. 609-*quinquies*, quasi ridondante nel sottolineare, in ogni sua parte, la centralità delle intenzioni del soggetto agente».

Che la possibile interferenza della speciale disciplina sull'ignoranza dell'età della persona offesa non possa comunque giustificare una qualificazione completamente colposa di un illecito come quelli che si stanno ora considerando da vicino lo si comprende anche prendendo atto che lo stesso concetto di dolo specifico mal si presta a legittimare un'alternativa consistente nella sua "correzione" in favore della colpa. Tant'è vero che, a differenza di ciò che vale rispetto agli elementi del reato soggetti ad addebito per dolo generico, si suole rilevare un'incompatibilità logica persino col dolo eventuale[29], in cui il profilo volontaristico è tradizionalmente surrogato da criteri di imputazione che esprimono una notevole povertà di "determinazione" (oltre che di determinatezza) rispetto a quello finalistico.

Tale linea di pensiero non può che trovare supporto nella constatazione che, per definizione, il fine oggetto di dolo specifico non deve necessariamente concretizzarsi. Se la responsabilità non dipende dal raggiungimento effettivo dello scopo, significa che di tale scopo rischia di evaporare ogni referente oggettivo[30], residuando al più un'idoneità offensiva della condotta, quale requisito previsto da alcune letture del dolo specifico costituzionalmente orientate[31]. Proprio per questo, cioè per pervenire a un'accettabile compensazione, si richiede un atteggiamento indirizzato e "geneticamente" doloso, che ben difficilmente può essere sostituito da uno colposo. È infatti intuitivo cogliere la differenza tra l'imputazione di un elemento di necessaria verificazione, rispetto al quale dolo e colpa sono non di rado entrambi teoricamente plausibili, e la dinamica di imputazione del dolo specifico, rispetto alla quale l'interscambio con la colpa non può funzionare. Pure nel prospettare l'alternativa dolo generico/col-

[29] Proprio con riferimento alla corruzione di minorenne, Cass. pen., Sez. III, 12 marzo 2008, n. 15633, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3455: «In tema di reati sessuali, il dolo specifico richiesto ai fini della configurabilità del delitto di corruzione di minorenne (art. 609-*quinquies*, c.p.) è incompatibile con il dolo eventuale».

[30] Sull'importanza della «funzione tipizzante del nesso teleologico nella struttura normativa delle fattispecie a dolo specifico», si veda L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., p. 501 ss.

[31] In particolare, F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 87, nonché, ad esempio, L. Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 265. Per un'ampia trattazione critica sul punto, L. Picotti, *Il dolo specifico*, cit., p. 511 ss.; da ultimo, G. Marino, *Il "filo di Arianna". Dolo specifico e pericolo nel diritto penale della sicurezza*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2018, p. 41 ss.

pa rispetto (anche solo) a una porzione del fatto si rende possibile una diversità molto significativa di forme di imputazione, come l'indagine sta cercando di dimostrare, ma il passaggio da dolo specifico a colpa sembra rappresentare una forzatura eccessiva e persino difficilmente traducibile in termini concreti.

Per rendere meno astratto il discorso, si può fare riferimento all'ipotesi di corruzione di minorenne prevista dal comma 1 dell'art. 609-*quinquies* c.p. Se si sviluppasse fino in fondo la tesi della possibilità di una responsabilità integralmente colposa, quale destino avrebbe il dolo specifico consistente nel perseguimento del fine di fare assistere la persona presente? Questo elemento tipizzato dal legislatore potrebbe plausibilmente essere imputato a titolo di colpa?

Un esempio potrebbe aiutare la messa a fuoco del problema. Si pensi a un soggetto che si masturbi nella carrozza quasi vuota di un treno in presenza di una persona di giovane età ritenuta erroneamente ultraquattordicenne. Poiché è l'ignoranza dell'età della persona offesa il fattore in grado di "attivare" la versione "colposa" dell'illecito, già non sembrerebbe in alcun modo sensato prescindere dalla consapevolezza della presenza della stessa persona di giovane età, perché non si tratta di un elemento "scontato", cioè volto a descrivere genericamente il contesto, come può forse dirsi rispetto a precisazioni quali quella dell'art. 590-*sexies* c.p., che riferisce la disciplina vera e propria ai fatti «commessi nell'esercizio della professione sanitaria». La presenza altrui è qui un elemento incluso nel nucleo di disvalore. Ponendo allora che tale consapevolezza vi sia – si consideri, peraltro, che la presenza altrui potrebbe essere proprio il motivo dell'eccitamento e quindi della scelta di procedere alla masturbazione – ma che manchi il fine di fare assistere l'infraquattordicenne – l'appagamento sessuale potrebbe ben essere ricercato di nascosto – non si capisce in che modo tale scopo potrebbe "riciclarsi" nel contesto di un'imputazione colposa.

L'unico appiglio per l'imputazione per colpa di tale elemento dell'illecito potrebbe, al limite, essere quello spicchio di offensività che dovrebbe accompagnarsi al dolo specifico, rendendolo "tangibile". Si intende dire che quel minimo di idoneità lesiva del comportamento umano, quale elemento implicito di adeguamento costituzionale del dolo specifico, potrebbe forse rappresentare una sorta di

evento di pericolo a cui la colpa potrebbe collegarsi, trovando così un referente concreto. Ciò significherebbe però rileggere il reato in questione sostituendo un pregnante scopo di fare assistere con la mera possibilità di percepire il rischio (effettivo) di essere scoperti, incidendo profondamente sui tratti identitari e quindi anche sul disvalore dell'illecito. Per non dire dell'esito a cui condurrebbe l'accoglimento di una concezione del dolo specifico e del suo oggetto come del tutto estranei al *Tatbestand* (cioè alla dimensione della tipicità) e sganciati da referenti di offensività a cui rapportare la colpevolezza, posto che, in tale prospettiva, la sostituzione dell'imputazione dolosa con quella colposa finirebbe per decretare con disinvoltura la più totale cancellazione di un elemento espressamente menzionato dal legislatore, così violando palesemente il principio di legalità.

Quanto precede dovrebbe dimostrare l'impraticabilità di una conversione del dolo specifico in colpa, rendendo evidente l'opportunità di continuare a riferire comunque a una porzione dell'illecito un'imputazione dolosa, a prescindere dall'effetto di insieme che ciò determina e che – non lo si nasconde affatto – potrebbe anche indurre a registrare, in alcuni casi, un ruolo dominante dell'imputazione colposa.

Come non convince un'ipervalutazione indiscriminata del ruolo della colpa in questo settore, analogo senso della misura potrebbe risultare necessario a fronte di possibili eccessi opposti, cioè mirati a paralizzare l'operatività della clausola dell'art. 609-*sexies* c.p.; obiettivo che si potrebbe perseguire con argomenti non privi di sottigliezza e che sembrano qui meritare almeno qualche cenno.

Con riferimento all'adescamento di minorenni, si potrebbe astrattamente sostenere che il fine di commettere un particolare delitto richieda la rappresentazione di tutti gli elementi di tipicità dello stesso e che, pertanto, sia indispensabile avere contezza dell'età esatta altrui (o, comunque, del porsi di essa al di sotto di una determinata soglia) quando il reato scopo la contempli come elemento costitutivo. Si tratterebbe cioè di evidenziare le peculiarità che il dolo specifico può avere in alcuni casi, financo derogando a regole generali di imputazione. Ben nota, al riguardo, è la chiave di lettura sviluppata nell'ambito dei reati tributari, laddove il fatto rileva se commesso «al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore

aggiunto», con l'effetto, almeno per taluno, di ottenere un indiretto recupero all'oggetto del dolo persino del precetto penale[32]. Qui, invece, si tratterebbe di neutralizzare la piena applicazione dell'art. 609-*sexies* c.p., il quale rappresenta, come già detto, una deviazione rispetto alla disciplina ordinaria sull'errore sul fatto tipico.

Nella prospettiva appena affacciata, potrebbe mettersi in discussione la punibilità dell'adescatore di un tredicenne avvenuta al fine di compiere con lo stesso atti sessuali consensuali (e non a pagamento), se solo l'agente riuscisse a dimostrare di aver avuto la convinzione – non importa se ragionevole o meno – di relazionarsi (lecitamente) con un ultraquattordicenne[33]. Trattandosi di un rapporto allacciato con un soggetto comunque in età giovanile, nonostante l'erro-

[32] In questo senso, in particolare, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, II, cit., p. 1030; più di recente, declinando la stessa logica con riferimento alla disciplina vigente, Id., *Il delitto di omessa dichiarazione*, cit., p. 200; inoltre, ad esempio, V. Manes, *Le violazioni dipendenti da «obiettive condizioni di incertezza» e l'errore nel sistema dei reati tributari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 508; M. Lanzi, *La disciplina dell'*error iuris *nel diritto penale tributario*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, I, cit., p. 589.

[33] Non dovrebbe invece potersi discutere l'irrilevanza penale di un fatto analogo commesso nei confronti di un soggetto di età compresa tra i quattordici e i sedici anni e col quale non ci sia una relazione qualificata (conformemente, Cass. pen., Sez. III, 23 maggio 2018, n. 23173, in *DeJure*), la cui presenza, peraltro, non sembra sempre ben conciliabile con la logica dell'adescamento, tipizzata dal legislatore avendo in mente più che altro rapporti tra sconosciuti. In tal caso, anche se l'agente volesse relazionarsi sessualmente con una persona erroneamente considerata infraquattordicenne, manifestando così un proposito illecito, non integrerebbe il delitto di adescamento di minorenni. Questa soluzione è imposta, se non altro, dalla disciplina sul reato putativo, *ex* art. 49, comma 1, c.p., che qui come in altri casi impedisce che la risposta punitiva dello Stato possa avvenire in presenza di un mero intento trasgressivo, privo di reali connotati di offensività. Che l'art. 49, comma 1, c.p. sia applicabile tanto ai casi di errore di valutazione del precetto quanto a quelli di erronea valutazione del fatto, come nell'esempio qui prospettato, è ampiamente riconosciuto in dottrina. La scarsa trattazione dell'istituto a livello giurisprudenziale – tra i rari precedenti, Cass. pen., Sez. II, 19 novembre 2013, n. 7795, in *DeJure*, così massimata: «In tema di riciclaggio, integra gli estremi del reato putativo, non punibile ai sensi dell'art. 49 comma 1 c.p., la condotta di chi abbia agito ritenendo o accettando il rischio di riciclare somme di denaro provenienti da delitto non colposo, quando quest'ultimo risulti in realtà insussistente» – sembra comunque dimostrare il carattere non strettamente indispensabile di una disposizione *ad hoc*, posto che nei casi in cui questa si ritiene applicabile si potrebbe comunque prendere atto, più semplicemente, della carenza di tipicità del fatto. Conferme di quanto finora considerato in G. Fornasari, *Art. 49*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 307 e 308.

re rappresentativo, il corteggiamento potrebbe lo stesso assumere le fattezze di un adescamento, come definito dal codice[34]. Si potrebbe allora sostenere che l'ignoranza evitabile dell'età effettiva del minore "sollecitato", pur lasciando astrattamente residuare la punibilità per una diretta applicazione dell'art. 609-*sexies* c.p. al mancato superamento della soglia dei sedici anni prevista in linea generale per la fattispecie di adescamento, non consenta però di ritenere integrato il dolo specifico di commettere taluno dei «reati» – non, genericamente, dei «fatti» di reato – elencati e dipendenti dall'età della persona offesa.

In questi termini, la questione induce a ricercare una soluzione guardando alle acquisizioni degli studi sul «reato come elemento del reato», consultando i quali ci si accorge rapidamente come tali trattazioni siano incentrate, oltre che sulla necessità di assicurare la presenza di indici di offensività che scongiurino derive verso un *Gesinnungsstrafrecht* (cioè un diritto penale del mero atteggiamento interiore), più che altro sulla possibilità di modulare differentemente dall'ordinario la disciplina dell'errore sul precetto[35]. Il parallelismo

---

Per un'indagine comparatistica dimostrativa dell'esistenza anche di approcci diversi al tema del reato putativo, si rinvia a S. Seminara, *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012, in particolare p. 366 ss.

[34] La descrizione dell'adescamento contenuta nell'ultima parte dell'art. 609-*undecies* c.p. varrebbe, peraltro, secondo autorevole dottrina, a configurare un «*duplice dolo specifico*» (F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 573; *contra* I. Salvadori, *L'adescamento di minori. Il contrasto al* child-grooming *tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 132-133, che ravvisa un dolo generico), posto che il legislatore ha menzionato un obiettivo intermedio a cui deve tendere l'agente, cioè quello di «carpire la fiducia del minore»; obiettivo anch'esso, come quello finale, di non necessaria verificazione. Che, in tal modo, al di là delle puntualizzazioni sul dolo, si sia tipizzato un illecito a tutela particolarmente anticipata rispetto ai reati scopo è testimoniato dalla dottrina pressoché unanime, ma anche la giurisprudenza si mostra consapevole di ciò, specialmente quando precisa che l'adescamento di minorenni, di regola, si consuma prima della sussistenza del tentativo dell'illecito perseguito, il quale può ben prevalere anche in ragione della clausola di riserva espressamente prevista nell'art. 609-*undecies* c.p.: così, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 29 settembre 2016, n. 8691 e Cass. pen., Sez. III, 31 gennaio 2019, n. 17373, entrambe in *DeJure*.

[35] Sull'argomento, fondamentale punto di riferimento, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, è l'indagine monografica di G. Morgante, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, Giappichelli, 2013, in particolare (per ciò che qui inte-

forse più significativo, nonostante sconti una certa asimmetria già in partenza, dato che si paragonano un delitto a dolo generico e uno a dolo specifico, è quello tra il contesto della calunnia e quello dell'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p. Rispetto a quest'ultimo, si è autorevolmente sostenuto che il disvalore della fattispecie «si direbbe legato, non tanto alla qualificazione formale espressa dal concetto di "delitto", quanto al contenuto offensivo intrinseco dei diversi tipi di reato» collocati nel fuoco del dolo specifico[36]. A differenza di ciò che potrebbe invece valere per la calunnia, nel cui ambito ha un significato identitario l'attribuzione ad altri di un fatto esplicitamente qualificandolo come reato, l'errore sulla rilevanza penale dei fatti oggetto del programma associativo dovrebbe pertanto essere disciplinato *ex* art. 5 c.p. e non come gli errori sulla legge extrapenale a cui si applica l'art. 47, comma 3, c.p., che esclude il dolo.

Quando l'errore riguarda l'età di una giovane persona "adescata" al fine di compiere consensualmente atti sessuali, non sembra in ogni caso corretto parlare di errore sul precetto penale, nemmeno facendo leva sulla (di per sé innegabile) peculiarità di questa tipologia di errore, che non è normalmente un errore di mera percezione "sensoriale", ma più che altro di valutazione: in un certo senso, anche in questo caso si è di fronte a un errore di sussunzione. Se la peculiarità appena ricordata può forse suggerire di mantenere comunque aderenza alla *ratio* della distinzione di disciplina applicabile all'associazione per delinquere[37], da un lato, e alla calunnia, dall'al-

---

ressa), p. 162 ss., ove, a conferma di ciò che si è appena notato nel testo, il problema dei rapporti tra il dolo specifico e il reato scopo – l'Autrice parla di «dolo specifico di reato» (p. 163) – è affrontato concentrandosi più che altro su ipotesi di errore di sussunzione nel precetto penale di fatti rappresentati, per il resto, correttamente.

Quanto alla necessità che lo specifico delitto di adescamento di minorenni sia punito solo a condizione che l'intenzione illecita conferisca una riconoscibile pregnanza alla condotta, ad esempio, I. Salvadori, *L'adescamento di minori*, cit., pp. 133 e 134.

[36] D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, cit., p. 339, a cui diffusi riferimenti in G. Morgante, *Il reato come elemento del reato*, cit., pp. 173 e 174.

[37] È pure possibile che lo stesso delitto di associazione per delinquere abbia nel proprio programma criminoso una delle fattispecie a cui si applicano gli artt. 602-*quater* e 609-*sexies* c.p., come dimostra peraltro la previsione del comma 7 dell'art. 416 c.p., che prevede aumenti di pena «se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti previsti dagli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*,

tro lato – risulterebbe allora decisivo verificare la presenza di una carica di intrinseca offensività del fatto a cui è protesa la condotta – non sembra però possibile ignorare la presa di posizione del legislatore, il quale ha esplicitamente riferito la regola di imputazione dell'art. 609-*sexies* c.p. anche al delitto di adescamento di minorenni oltre che (eventualmente tramite l'art. 602-*quater* c.p.) a ciascuno dei delitti scopo. Di talché, se passasse la linea di pensiero per cui il dolo specifico può neutralizzare la regola della sufficienza dell'imputazione colposa dell'età della persona offesa, la regola stessa finirebbe per essere depotenziata fino a perdere qui pressoché completamente la sua linfa operativa.

Non è forse un caso, dunque, che le considerazioni appena sviluppate, per quanto paiano pertinenti, non abbiano trovato spazio né in dottrina né, tantomeno, in giurisprudenza, ove, anzi, contesti delicati come questo vengono usualmente disciplinati ricorrendo a soluzioni di speciale severità. Resta, in ogni caso, che, in presenza di un dolo specifico, pare ancora più difficile che in altri casi ipotizzare un'integrazione dell'illecito recante tratti esclusivamente colposi.

2.3. *L'età quale elemento circostanziale*

Come si è già accennato, nei delitti sessuali previsti dagli artt. 609-*bis* ss. c.p., una particolare età della persona offesa può rilevare non solo quale elemento costitutivo del reato, ma anche, in taluni casi, come circostanza aggravante. Così è quando l'art. 609-*sexies* c.p. si associa alle ipotesi di vera e propria violenza sessuale di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter* e 609-*octies* c.p.[38].

In realtà, delle tre disposizioni appena citate, solo una (che, però, si rapporta alle altre due, dove sono tipizzati i fatti di reato)

600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 609-*bis*, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609-*undecies*».

[38] Peculiare è il caso dell'art. 609-*quater* c.p., rispetto al quale l'età della persona offesa segna sì il confine della penale rilevanza, ma può assumere anche il rango di circostanza aggravante, se il fatto è commesso nei confronti di persona di età inferiore ai dieci anni (comma 6). In tal ultimo caso, per la determinazione della pena, si fa rinvio a una previsione dell'art. 609-*ter* c.p.

prevede delle circostanze aggravanti direttamente incentrate sull'età della persona offesa, cioè l'art. 609-*ter* c.p., più volte riformato, da ultimo dalla l. 19 luglio 2019, n. 69. Tramite il comma 1, n. 5 e il comma 2, si inasprisce la risposta sanzionatoria tanto per la violenza sessuale "semplice" (art. 609-*bis* c.p.) che per quella di gruppo (609-*octies* c.p.), in misura differente a seconda che il soggetto passivo abbia meno di diciotto, quattordici oppure dieci anni.

Pur trattandosi di elementi che non incidono sull'*an* della responsabilità penale, contribuendo semplicemente ad approfondire l'offesa, le circostanze in questione rappresentano fattori di una maggiore punibilità ed è quindi più che condivisibile che il loro addebito segua un regime di imputazione in linea col principio di colpevolezza[39]. Proprio a questa logica risponde il generale regime di imputazione delle aggravanti introdotto nel 1990 e da allora invariabilmente scolpito nell'art. 59, comma 2, c.p. Nello specifico settore di cui si sta ora parlando, un simile adeguamento, almeno in via legislativa, è avvenuto solo con la riformulazione dell'art. 609-*sexies* c.p. del 2012, che ha scalzato la responsabilità oggettiva.

Ora, lo scarto tra la disciplina legale generale e quella dell'art. 609-*sexies* c.p. è più di forma che di sostanza. Il parametro minimo della conoscibilità, di natura colposa (come già rilevato nel corso della trattazione), sembra infatti equivalente a quello, altrettanto colposo, della evitabilità dell'ignoranza sull'età della persona offesa. Se così è, potrebbe giudicarsi superfluo il riferimento esplicito anche alle disposizioni contenenti elementi circostanziali, ma per questo il legislatore non sembra da biasimare più di tanto, posto che, in fin dei conti, ha comunque innovativamente riferito un criterio di colpevolezza a elementi che prima, costitutivi o circostanziali che fossero, per effetto dello stesso articolo codicistico venivano imputati

[39] Già in sede di commento della più volte citata sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale era emersa una lettura della pronuncia capace di rendere esplicito ciò che era rimasto implicito, cioè l'ineludibilità dell'estensione del principio di colpevolezza anche alle circostanze. Si vedano, ad esempio, G. Fiandaca, *Principio di colpevolezza*, cit., c. 1395, nel senso di ricomprendere tra gli elementi più significativi della fattispecie (in senso ampio) quelle componenti del fatto di reato dalla cui presenza dipende il disvalore o il «maggior disvalore» dell'offesa tipica; D. Pulitanò, *Una sentenza storica*, cit., p. 706 ss., in particolare pp. 710 e 711, ove riferimenti agli elementi che incidono sulla «misura della pena».

oggettivamente. Lo scrupolo non pare mai eccessivo quando sono in gioco garanzie troppo a lungo ignorate.

Nei casi adesso in esame, praticamente non vi sono problemi di identificazione della natura dell'imputazione dei profili di disvalore diversi dall'età della persona offesa, perché non vi è dubbio che questi (sempre che non si tratti di altri elementi circostanziali) siano componenti di fattispecie integralmente dolose. Diventa quindi possibile concepire una combinazione di dolo e colpa solo guardando a un illecito allargato fino a ricomprendere gli aspetti relativi al *quantum* della responsabilità penale[40]: una forma di *imputazione colpevole differenziata in senso ampio* dalla struttura non particolarmente originale, riconducibile cioè alla folta categoria di delitti dolosi a cui possono associarsi aggravanti a imputazione colposa, ma comunque interessante perché può rappresentare un valido *tertium comparationis* per le ipotesi di età quale elemento costitutivo dell'illecito, in particolare quanto alla dosimetria sanzionatoria.

Che sia convincente che l'eventuale realizzazione del reato di violenza sessuale ("semplice" o di gruppo) con conoscenza della giovane età della persona offesa, quindi in condizioni di maggiore rim-

[40] Tra le critiche più radicali all'idea di circostanze come elementi accidentali, estranei all'intima struttura del reato, si veda quella di A. Spena, Accidentalia delicti*? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 639 ss. Tale lettura merita di essere qui richiamata anche perché, nel rielaborare un punto di vista minoritario ancorché in sintonia con l'approccio legislativo di altri Paesi (per tutti, si veda A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., pp. 35 ss. e 133 ss.), assegna alla tipicità un valore diverso da quello che in questa trattazione ha giustificato la distinzione tra imputazione colpevole differenziata in senso stretto e imputazione colpevole differenziata in senso ampio. In particolare, l'Autore distingue tra la fattispecie nel senso della teoria generale del diritto («fattispecie *lato sensu*») e «la fattispecie quale risvolto dogmatico, specificamente penalistico, del principio di legalità» («fattispecie *stricto sensu*») (p. 654, nota 49), cioè corrispondente al *Garantietatbestand* (su cui, nella dottrina tedesca, ad esempio, H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 246). Dal punto di vista metodologico, si tratta di un approccio meno divergente di quanto si possa pensare rispetto a quello qui proposto, dato che parlare di imputazione colpevole differenziata anche quando questa è tale solo «in senso ampio» significa assumere comunque una prospettiva estesa riguardo a dinamiche di responsabilità complesse, rispetto alle quali il piano della tipicità può essere tutt'altro che definitivo nel qualificare la colpevolezza dell'agente. Lo si è già visto con riferimento alle fattispecie poco pregnanti e se ne avrà ulteriore conferma quando la trattazione si occuperà più da vicino delle scriminanti.

proverabilità, riceva lo stesso inquadramento sanzionatorio rispetto all'ipotesi differenziata appena sopra considerata è questione che sta e cade con il giudizio di adeguatezza della disciplina delle aggravanti, che, di fatto, assegna un identico "blocco di partenza", a fini sanzionatori, alla responsabilità dolosa e a quella colposa. Si vuole osservare, in altre parole, che si tratta di un aspetto strettamente condizionato dalla disciplina prevista dal codice in generale e non in termini settoriali, come invece è nel caso in cui l'ignoranza dell'età della persona offesa riguardi un elemento costitutivo del reato, in deroga alla disciplina degli artt. 43 e 47 c.p. Sul punto, al di là delle considerazioni di carattere generale già sviluppate, si tornerà a breve, quando si valuterà anche se sia possibile richiamare con pertinenza le logiche di imputazione finora teorizzate nella prospettiva di pervenire a un superamento del *versari in re illicita*; modello rispetto al quale le aggravanti ora in esame si pongono in termini piuttosto peculiari, se non altro perché l'età della persona offesa non è una conseguenza della condotta illecita.

3. *La disciplina "parallela" che fa perno sull'art. 602-*quater *c.p.*

Quanto alla disposizione "parallela" a quella dell'art. 609-*sexies* c.p., cioè quella dell'art. 602-*quater* c.p., si nota subito che essa non raccoglie un'eredità altrettanto risalente e nemmeno può dirsi che la sua formulazione evidenzi un incremento delle garanzie di colpevolezza rispetto al passato. La sua introduzione è storia recente e si deve sempre alla legge n. 172 del 2012, che l'ha concepita per estendere lo stesso tipo di disciplina (*rectius*: lo stesso tipo di imputazione) dell'ignoranza dell'età della persona offesa di cui si è parlato nelle pagine precedenti a un diverso gruppo di fattispecie, quelle contenute nella sezione codicistica intitolata «Dei delitti contro la personalità individuale» (artt. 600-604 c.p.), più volte fatta oggetto di modifiche fino al presente.

A differenza di ciò che può dirsi per la riformulazione dell'art. 609-*sexies* c.p., la contestuale tipizzazione dell'art. 602-*quater* c.p. ha innovato il quadro normativo di riferimento esclusivamente *in*

malam partem[41], in quanto, prima della riforma del 2012, le fattispecie a cui si combina l'art. 602-*quater* c.p. seguivano l'ordinaria disciplina dell'imputazione dolosa[42]. Considerato che alcune di esse si riferiscono comunque alla sfera sessuale dei minorenni, l'asimmetria che si evidenziava rispetto al regime dell'art. 609-*sexies* c.p. aveva alimentato non poche considerazioni critiche[43], peraltro in più direzioni. In quella di contenere l'area della responsabilità penale, ad esempio, si era cercato di dimostrare come un'imputazione tarata sulla responsabilità oggettiva non solo fosse anacronistica a fronte delle non trascurabili affermazioni del principio di colpevolezza, ma non fosse nemmeno "obbligata", potendosi appunto indicare esempi di differente sensibilità politico-criminale nella tutela di beni giuridici omogenei[44]. Proprio in questi termini si era pronunciato anche

[41] Tra coloro che non hanno mancato di evidenziarlo, cogliendone le opportune implicazioni sul piano del diritto intertemporale, A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore*, cit., p. 163. In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2015, n. 22526 (relativa al noto caso "Berlusconi-Ruby"), in *Cass. pen.*, 2015, p. 3052 ss., con *Osservazioni* di M. Gambardella, p. 3068 ss.

[42] Quanto al passato meno recente, nota L. Russo, *Art. 600 bis*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 2392, che fino all'approvazione della legge l. 20 febbraio 1958, n. 75, la quale ha portato al di fuori del corpo codicistico la disciplina penale della prostituzione, l'art. 539 c.p. si applicava anche alle diverse ipotesi di prostituzione minorile. Esse – ma lo stesso vale per quelle del 1958 – non intervenivano per incriminare "direttamente" pure il cliente della prostituta (di regola consenziente al rapporto), ma soltanto fatti dal disvalore "intrinseco" più pregnante (cioè riconoscibile anche a prescindere dall'età) ed evocanti un contatto forse meno occasionale con la persona minore di età, con le implicazioni che ciò può avere sulla frequenza di casi di (credibile) ignoranza dell'età della giovane persona coinvolta.

[43] Pronunciandosi in coincidenza dell'intervento legislativo del 2012, nel senso che la situazione precedente presentasse «un'irrazionale asimmetria» tra i due contesti ora in confronto, P. Pisa, *Una nuova stagione di "miniriforme"*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1423.

[44] Sul punto, si veda, ad esempio, B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 2016, p. 299, per cui, volendosi concepire quella della l. 3 agosto 1998, n. 269 come una scelta consapevole (nel senso di non derogare alle ordinarie regole di imputazione dolosa), allora, contestualmente, «sarebbe stato meglio abrogare l'art. 609-*sexies*»; si veda anche M. Masucci, *'Fatto' e 'valore' nella definizione del dolo*, cit., pp. 75 e 76, il quale evidenziava la «destabilizzante» differenza di impostazione legislativa a soli due anni di distanza, ma suggeriva pure di sostituire – una soluzione ritenuta praticabile già *de iure condito* – «alla minore età l'elemento che essa dovrebbe segnalare, ossia l'immaturità fisica o psichica della persona».

il giudice *a quo* nel caso deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 322 del 2007[45].

Sia la responsabilità oggettiva – inevitabilmente – che l'aderenza alle generali regole di imputazione – ed era meno scontato – hanno ceduto il passo in favore di una comune disciplina compromissoria. Ciò che è accaduto, in definitiva, è che i due settori messi a confronto, da punti di partenza diversi, hanno registrato una convergenza verso lo stesso tipo di soluzione, come due piatti della bilancia che da posizioni opposte finiscono per trovare un perfetto allineamento in ragione della equivalenza dei pesi specifici della colpevolezza.

Il testo dell'art. 602-*quater* c.p. (rubricato anch'esso «Ignoranza dell'età della persona offesa») è il seguente: «Quando i delitti previsti dalla presente sezione sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile».

Si nota che nelle fattispecie delittuose interessate, il riferimento all'età individua spesso un elemento costitutivo del reato. Così è rispetto agli artt. 600-*bis* («Prostituzione minorile»), 600-*ter* («Pornografia minorile»), 600-*quater* («Detenzione di materiale pornografico»), 600-*quater*.1 («Pornografia virtuale»)[46], 600-*quinquies* («Inizia-

[45] Corte cost., 11 luglio 2007, n. 322, cit. (punto 1 del «Ritenuto in fatto»): «Lo stesso legislatore ordinario – ad avviso del giudice *a quo* – avrebbe fornito, del resto, una puntuale dimostrazione di come una politica criminale ispirata alla rigorosa tutela dell'infanzia contro ogni forma di abuso possa percorrere strade "rispettose dell'ortodossia dei principi in materia di imputazione soggettiva". Nessuna disposizione analoga a quella censurata è infatti contenuta nella legge 3 agosto 1998, n. 269 (Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù): legge che pure disciplina una materia sotto più profili affine a quella regolata dalla legge n. 66 del 1996, introducendo norme incriminatrici addirittura più severe di quella dell'art. 609-*quater* cod. pen.»

[46] Controversa è, in questo caso, l'individuazione di una «persona offesa», quale condizione di applicazione dell'art. 602-*quater* c.p. Nel senso che quest'ultima disposizione non possa appunto essere applicata, S.R. Palumbieri, *Art. 602 quater*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 2484. Sulla pedopornografia virtuale, più in generale, anche per ulteriori riferimenti, ampiamente, M. Bianchi, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, Giappichelli, 2019, in particolare pp. 114 ss. e 431 ss.

tive turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile»), 600-*octies* («Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio») e 601, comma 2, c.p. («Tratta di persone»)[47].

All'esito di una (tutt'altro che immediata) verifica del combinato disposto delle norme coinvolte, può dirsi che solo nell'ambito di quattro delitti – nel conteggio è normale non includere quello di plagio, notoriamente dichiarato incostituzionale[48] – tra quelli collocati nella sezione codicistica in rilievo l'età della persona offesa non assume in alcun caso il ruolo di elemento costitutivo del reato – artt. 600 («Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù»), 601-*bis* («Traffico di organi prelevati da persona vivente»), 602 («Acquisto e alienazione di schiavi») e 603-*bis* c.p. («Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro») – e che per due di essi (quelli degli artt. 601-*bis* e 603-*bis* c.p.) non è previsto un aggravamento di pena per la commissione del fatto in danno di un minorenne, nemmeno dall'art. 602-*ter* c.p. («Circostanze aggravanti»), che invece lo prevede per gli altri due[49].

---

[47] Si consideri che l'età del minore viene presa in considerazione (riferendosi di fatto all'infradiciottenne: «persona minore di età») non già nella definizione "principale" della tratta di persone, ma in una fattispecie collocata nel comma 2 dell'art. 601 c.p., a cui deve necessariamente riconoscersi natura di reato autonomo, posto che il legislatore ne ha previsto la sussistenza «anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma». Per la medesima qualificazione, A. Peccioli, *La tutela delle vittime vulnerabili nei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 884, a cui si rinvia anche in merito al problematico coordinamento con l'aggravante a effetto speciale dell'art. 602-*ter*, comma 1, lett. *a*, c.p., riferita esplicitamente anche al comma 2 dell'art. 601 c.p. e operativa «se la persona offesa è minore degli anni diciotto». Su quest'ultimo punto, si vedano anche A. Madeo, *Il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della Direttiva 2011/36/CE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Studium iuris*, 2014, p. 1107 ss. e, più di recente, M. Bianchi, *Art. 601*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 2471, che dà conto di come si sia nel frattempo pronunciata la giurisprudenza di legittimità in merito: Cass. pen., Sez. V, 10 giugno 2015, n. 39797, in *DeJure*.

[48] Corte cost., 9 aprile 1981, n. 96, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1147 ss., con nota di M. Boscarelli, *A proposito del «principio di tassatività»*, p. 1147 ss. Sula pronuncia, si vedano pure le più recenti considerazioni di A. Nisco, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 125 ss., nel quadro di un'ampia indagine, anche comparatistica, sulla manipolazione mentale.

[49] Rispetto al delitto di cui all'art. 600 c.p., risulta poco comprensibile una presa di posizione della giurisprudenza di legittimità precedente all'introduzione

Oltre a quanto già considerato rispetto all'art. 609-*sexies* c.p., ampiamente valido anche in questo contesto, può aggiungersi che la particolare ricchezza di elementi costitutivi che caratterizza i delitti contro la personalità individuale consente di affermare che l'introduzione dell'art. 602-*quater* c.p. ha incrementato in misura significativa il numero delle fattispecie "geneticamente" dolose in cui, però, il criterio di imputazione soggettiva interno alla tipicità è (divenuto) complesso: (solo) dolo per parte della struttura "oggettiva", (anche) colpa in relazione alla minore età.

Rispetto alla prostituzione minorile, poi, emerge un aspetto che non vi era ancora stata occasione di considerare adeguatamente in queste pagine dedicate alle implicazioni della disciplina sull'ignoranza dell'età della persona offesa: diverse condotte tipizzate nell'art. 600-*bis* c.p. integrano comunque un reato, anche se non sono commesse nei confronti di una persona minorenne.

Alla ricerca di una chiave di lettura in continuità con le parti precedenti della trattazione, la mente corre allo schema prototipale che sostanzia l'omicidio preterintenzionale, rispetto al quale non c'è dubbio che, una volta rifiutata la responsabilità oggettiva per l'evento (morte), la tendenza più diffusa sia quella di parlare esplicitamente di dolo misto a colpa, pur con la diversità di accenti di cui si è già dato conto. Lì, parlare di dolo appare normalmente esente da controindicazioni, perché si tratta di un coefficiente di colpevolezza riferito a una porzione dell'illecito che rappresenta essa stessa un reato: quello di percosse o, più plausibilmente, quello di lesioni personali, quantomeno nella forma del tentativo. Discorso analogo può ben essere esteso a fattispecie strutturalmente più o meno affini:

---

dell'art. 602-*quater* c.p.: «in relazione alla contestata aggravante della minore età di cui all'art. 600 c.p., comma 3, non essendo operante la regola di cui all'art. 609-*sexies* c.p., in forza della quale in materia di violenza sessuale non rileva l'ignoranza dell'età della vittima, la minore età della persona offesa del delitto di cui all'art. 600 c.p., deve essere conosciuta, non essendo applicabile la disciplina dell'art. 47 c.p. trattandosi di fatto che non è previsto dalla legge come delitto colposo» (Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2008, n. 47444, in *DeJure*). Qualificando l'aggravamento di pena del (non più vigente) comma 3 dell'art. 600 c.p. in termini circostanziali, la Corte sarebbe stata coerente se avesse fatto riferimento alla disciplina dell'art. 59, comma 2, c.p., che avrebbe ben consentito un'imputazione per colpa del profilo di (maggior) disvalore in questione.

tralasciando le ipotesi più scontate, se n'è già parlato, ad esempio, sviluppando il tentativo di pervenire a una lettura in qualche misura accettabile dei delitti stradali partoriti dalla riforma del 2016 oppure analizzando la realtà applicativa della fattispecie di atti persecutori e le soluzioni di altri ordinamenti.

Riproporre la stessa logica con riferimento al delitto di prostituzione minorile sembra possibile, nonostante non si sia qui in presenza di una struttura preterintenzionale dell'illecito. Notando che diverse condotte tipizzate nell'art. 600-*bis* c.p. risulterebbero comunque criminose anche se non commesse nei confronti di una persona minorenne, sembra piuttosto illuminarsi un rapporto di specialità tra fattispecie: nell'individuazione di quella generale, si pensi, ad esempio, allo sfruttamento della prostituzione (art. 3, n. 8, l. 20 febbraio 1958, n. 75, che ha raccolto l'eredità del previgente art. 534 c.p.), la cui rilevanza penale è ampiamente nota, verosimilmente persino al di fuori della comunità dei giuristi[50].

Il riscontro della criminosità del fatto a prescindere dall'età della persona offesa[51], la quale funge qui da elemento del fatto tipico e non meramente circostanziale, riguarda peraltro anche il delitto di tratta di persone, per effetto di una peculiare tipizzazione interna all'art. 601 c.p., che, al comma 2, prende in considerazione l'eventualità che le condotte descritte nel comma 1 siano commesse «nei confronti di persona minore di età». In tal caso, la linearità del rapporto di specialità è messa in discussione dalla precisazione per cui

[50] Per una ricognizione delle incriminazioni in materia di prostituzione, si rinvia a Fr. Mazzacuva, *La disciplina penale della prostituzione e i delitti collegati*, in A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, cit., p. 139 ss., in particolare pp. 147 ss. e 150, ove, a testimonianza della riconducibilità dello sfruttamento della prostituzione al *Kernstrafrecht*, cioè al novero dei delitti "naturali", si dà conto di come «nell'orizzonte comparatistico una delle poche costanti sia rappresentata proprio dalla penalizzazione dello sfruttamento della prostituzione». Per un quadro comparatistico ancora relativamente recente, in particolare, A. Cadoppi (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014.

[51] Non si ignora che, per parte della dottrina, la nozione di prostituzione minorile non coinciderebbe integralmente con quella "adulta" considerata dalla disciplina del 1958, ma non sembra che venga negata l'esistenza, in ogni caso, di un'area comune ai due illeciti: si veda il richiamo delle diverse opinioni sul punto in Fr. Mazzacuva, *La disciplina penale della prostituzione e i delitti collegati*, cit., pp. 167 e 168.

la tratta "minorile" di persone potrebbe essere realizzata «anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma», ma è evidente che se si abrogasse la disposizione relativa ai minori il fatto potrebbe spesso essere comunque sussunto nella fattispecie a vittima "non qualificata".

La constatazione che rispetto ai due reati considerati nei capoversi precedenti sia più agevole che in altri casi concepire un'imputazione parzialmente dolosa pur a fronte della coabitazione con l'imputazione colposa di una diversa quota dell'illecito non può certo essere sottovalutata, dovendosene anzi cogliere appieno il significato, di evidente importanza ai fini dell'indagine che si sta conducendo.

Si potrebbe sospettare che la rilevanza penale "autonoma" (come delitto doloso) di una parte dell'illecito sia una vera e propria *condicio sine qua non* dell'imputazione colpevole differenziata (così equiparando quest'ultima a quelle che la dottrina tedesca indica come *uneigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen*)[52], ma sarebbe una prospettiva sconfessata da diverse acquisizioni finora maturate. Già a questo punto della trattazione dovrebbe risultare chiaro come, in senso diverso, deponga la consueta necessità che il fatto al quale si riferisce (*pro quota*) l'imputazione colposa sia, per il resto, dominato – e non solo dominabile: ecco la differenza rispetto alla *suitas* – dall'agente; altrimenti non avrebbe nemmeno senso la tipizzazione di elementi pregnanti, i quali, infatti, in molti casi proprio non si prestano a una integrazione involontaria, come è particolarmente evidente in presenza del dolo specifico.

Piuttosto, la "naturalezza" con cui si è portati a parlare di dolo rispetto a una porzione dell'illecito quando questa sia di per sé

[52] È eloquente il fatto che la stessa dottrina d'oltralpe, nel dare esplicito riconoscimento al fenomeno delle combinazioni di dolo e colpa (quest'ultima riferita in ogni caso a un evento, offrendo così una prospettiva più limitata rispetto agli orizzonti dell'indagine in corso), classifichi come proprie (*eigentliche*) quelle in cui la componente dolosa non ha un'autonoma rilevanza penale, mentre improprie (*uneigentliche*) sarebbero quelle in cui il segmento doloso è di per sé suscettibile di punizione, in questi termini assumendo quale modello "ordinario" il primo dei due. Per il ricorso a questa terminologia (che pare risalire a uno scritto di V. Krey, T. Schneider, *Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach geltendem und künftigem Recht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, p. 640 ss.), ad esempio, H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 262 e 263. Nella dottrina italiana, si veda, in particolare, F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 354 ss.

criminosa rappresenta una conferma della possibilità di concepire un'imputazione dolosa anche quando non riferita all'intero fatto tipico.

4. *I dettagli dell'ignoranza evitabile dell'età della persona offesa: la fisionomia della colpa, il suo grado e lo spettro della responsabilità oggettiva "occulta"*

Calandosi nei dettagli dell'imputazione dell'età della persona offesa, sembra opportuno partire constatando che, nei repertori giurisprudenziali, non si rinvengono precedenti in cui l'ignoranza dell'agente sia stata giudicata inevitabile. In questo, evidentemente, si riscontra un altro tratto di analogia rispetto all'assonante (ancorché dall'oggetto diverso) disciplina dell'art. 5 c.p., la cui applicazione è stata finora più che contenuta[53].

Sorge quindi il sospetto che, per quanto riguarda l'evoluzione dell'art. 609-*sexies* c.p., l'area della punibilità sia stata ridotta soltanto sulla carta. In questa prospettiva, sarebbe ancora più preoccupante la rinuncia all'imputazione dolosa rispetto ai delitti ora interessati dall'art. 602-*quater* c.p., perché l'allentamento delle garanzie sarebbe sostanziato da un duplice salto verso il "basso", fino alla responsabilità oggettiva, fermandosi solo nominalmente alla colpa.

Non è allora più differibile un approfondimento del giudizio di evitabilità, quindi sostanzialmente di colpa, riguardo all'ignoranza dell'età della persona offesa.

Anche in questo caso, sembra opportuno riproporre l'approccio differenziato che si è finora seguito, considerando, in prima battuta, le ipotesi di minore età quale elemento costitutivo dell'illecito e, in seguito, quelle in cui una particolare età della persona offesa dia luogo a una circostanza aggravante.

Poiché l'"anno zero" di questa disciplina risale, ancor prima che

[53] Tra coloro che, di recente, rinnovano la testimonianza del limitato riconoscimento giurisprudenziale dell'errore inevitabile *ex* art. 5 c.p., M. Donini, *La personalità della responsabilità penale*, cit., p. 1596 ss., il quale evidenzia una supremazia di fatto della prevenzione generale sulla colpevolezza.

all'intervento legislativo del 2012, a quello della Corte costituzionale del 2007, da lì occorre partire, per constatare subito come le indicazioni fornite dalla "Consulta", che pure ha dimostrato di avere ben chiaro il duplice ruolo che l'età può avere nell'economia delle fattispecie interessate, siano state, nel merito, indiscriminate.

Proiettando nel futuro ciò che, in un primo passaggio, viene detto retrospettivamente (riferendosi alla previgente versione dell'art. 609-*sexies* c.p.), si può scorgere la neutralizzazione di eventuali pretese di affermare il rispetto della regola cautelare basandosi solo sull'aspetto fisico della persona coinvolta nella dinamica sessuale: «La scelta derogatoria tiene conto segnatamente della facilità con la quale – non essendo, in molti casi, l'età infraquattordicenne dell'offeso riflessa in modo certo nel suo aspetto esteriore – potrebbero essere allegate, dall'autore del fatto, vere o supposte situazioni di ignoranza o di errore, anche colposo, sull'età del minore»[54].

Analogamente, si dice che le difese degli imputati volte a far emergere l'ignoranza «non possono fondarsi soltanto, od essenzialmente, sulla dichiarazione della vittima di avere un'età superiore a quella effettiva». Ancora più nel dettaglio: «Il giudizio di inevitabilità postula, infatti, in chi si accinga al compimento di atti sessuali con un soggetto che appare di giovane età, un "impegno" conoscitivo proporzionale alla pregnanza dei valori in giuoco, il quale non può certo esaurirsi nel mero affidamento nelle dichiarazioni del minore: dichiarazioni che, secondo la comune esperienza, possono bene risultare mendaci, specie nel particolare contesto considerato»[55].

Nello stesso capoverso, la Corte non manca nemmeno di pronunciarsi sulla linea di confine "verso l'alto" della responsabilità col-

---

[54] Corte cost., 11 luglio 2007, n. 322, cit. (punto 3.2 del «Considerato in diritto»).

[55] Corte cost., 11 luglio 2007, n. 322, cit. (punto 4.2 del «Considerato in diritto»). La normale "asimmetria" anagrafica tra i soggetti coinvolti e la rilevanza del bene giuridico sullo sfondo inducono la "Consulta" a mettere così fuori gioco, nella sostanza, istituti come quello dell'art. 48 c.p., la cui plausibilità, a ben vedere, sarebbe fortemente compromessa anche dal fatto che l'inganno dovrebbe considerarsi concepito e subito dalla stessa persona, rendendo in tal modo evidente un contrasto con la *ratio* che rende penalmente responsabile l'autore dell'inganno stesso. Per un recente approfondimento della regola dell'art. 48 c.p., ad esempio, S. Bonini, *Art. 48*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 303 ss.

posa, precisando cioè quando inizi a prendere forma quella dolosa: «E ciò fermo restando, ovviamente, che qualora gli strumenti conoscitivi e di apprezzamento di cui il soggetto attivo dispone lascino residuare il dubbio circa l'effettiva età – maggiore o minore dei quattordici anni – del partner, detto soggetto, al fine di non incorrere in responsabilità penali, deve necessariamente astenersi dal rapporto sessuale: giacché operare in situazione di dubbio circa un elemento costitutivo dell'illecito (o un presupposto del fatto) – lungi dall'integrare una ipotesi di ignoranza inevitabile – equivale ad un atteggiamento psicologico di colpa, se non, addirittura, di cosiddetto dolo eventuale». A questo passaggio della sentenza, si è ricollegata quella giurisprudenza che, pronunciandosi con riferimento a fatti commessi prima dell'entrata in vigore dell'art. 602-*quater* c.p., si è espressa nel senso della penale rilevanza della condizione (non già di ignoranza ma) di incertezza sull'età della persona offesa, in alcuni casi applicando il richiamato principio di diritto, per certi versi ragionevole, in termini piuttosto discutibili, cioè scavalcando persino il dolo eventuale in favore di logiche presuntive insidiose e capaci di spingersi a "fabbricare" la prova di una conoscenza effettiva[56].

[56] Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III., 6 maggio 2014, n. 37837, in *DeJure*. Nella vicenda concreta – si procedeva per il delitto di prostituzione minorile – la Corte di legittimità ha accreditato una non limpida valutazione dei giudici di merito sul momento di insorgenza del dubbio in capo all'agente: «la Corte territoriale, con logica ed adeguata motivazione, ha tenuto conto del fatto che la ragazza avesse rivelato un'età diversa da quella effettiva ma ha escluso che il ricorrente non fosse a conoscenza della minore età della vittima e tanto sul fondamentale rilievo che l'imputato stesso aveva affermato di essersi reso successivamente conto del fatto che la ragazza fosse minorenne sicché desistette dal consumare un successivo rapporto sessuale con lei ma senza spiegare da quale elemento di fatto, in tale circostanza, si sarebbe reso conto della reale età della ragazza, ossia quale elemento nuovo e diverso gli avesse consentito, e solo in tale occasione, di rendersi conto dell'effettiva età della vittima. Con tale argomentazione la Corte di appello ha sostanzialmente riconosciuto che, in assenza di fatti nuovi, il dubbio postumo dell'imputato fosse pienamente sovrapponibile al dubbio genetico e ciò a maggior ragione se, al momento iniziale del rapporto, la ragazza avesse manifestato, contrariamente al vero, di essere maggiorenne».

In assenza di una più puntuale argomentazione sul punto, non si capisce, invero, in che modo le iniziali dichiarazioni mendaci della ragazza sulla propria età possano persino giocare a sfavore dell'agente ed essere in grado di far senz'altro retroagire l'insorgenza del dubbio rispetto al momento in cui è più plausibile che si sia manifestato, cioè quando vi è stata la desistenza da ulteriori rapporti. A fronte

Come si è condivisibilmente notato in dottrina, la pronuncia costituzionale del 2007, che pure rimane un imprescindibile punto di riferimento nel percorso di generale affermazione del *nullum crimen sine culpa*, ha indubbiamente privilegiato le esemplificazioni dell'errore evitabile, rispetto alle quali rimangono decisamente schiacciate le possibili ipotesi di inevitabilità, «così ponendo le basi di una giurisprudenza denegante sistematicamente l'ignoranza inevitabile con la motivazione del mancato rispetto da parte dell'agente dei doveri strumentali di conoscenza»[57]. Se questo è vero, il principio di colpevolezza pare negoziato non tanto nella dichiarazione di adeguamento alla Costituzione di un'ipotesi di responsabilità oggettiva prospettandone la correzione con la colpa[58], quanto, piuttosto, in coincidenza della descrizione (in negativo) della fisionomia di tale colpa[59].

Procedendo per esclusione, nel senso appena detto, sembra quasi che la Corte abbia voluto aggirare – in realtà solo a parole, perché la logica non lascia scampo – l'imbarazzo consistente nel riconoscere che, in molti casi, finisce allora per rimanere la richiesta di esibizione del documento di identità l'unico percorso valido ai fini dell'inevitabilità dell'*ignorantia aetatis*.

Ovviamente, il concetto di inevitabilità alla base della regola cautelare va inteso in termini non assoluti, ma relativi; più propriamente: normativi. Non si tratta, pertanto, di esigere il compimento di accertamenti che siano infallibili, ammesso che esistano in concreto, altrimenti persino la consultazione di un documento di iden-

---

delle insidiose presunzioni che aleggiano in questa *ratio decidendi*, emerge qui tutta la criticità dell'«onere di allegazione» (accollato all'imputato) di cui parla spesso la stessa giurisprudenza – e la sentenza in commento, nella sostanza, dimostra di non fare eccezione – in questa materia, come si avrà modo di dire ulteriormente, anche nel testo.

[57] G. Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi*, cit., p. 1806.

[58] Si veda L. Risicato, *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris, cit., p. 1470, che sembra ravvisare un atteggiamento contraddittorio nell'argomentare della Corte in merito al privilegio per la colpa: «Il principio di colpevolezza viene così, nei fatti, negoziato subito dopo essere stato ritenuto non negoziabile: esso non può essere sacrificato dal legislatore ordinario in nome della tutela penale di altri valori, ma forse il compromesso è lecito alla Corte costituzionale! Insomma: quella sull'*error aetatis* è norma in patente e riconosciuto contrasto col principio di colpevolezza, ma non può essere eliminata senza il rischio che…i normali criteri di imputazione soggettiva del fatto all'autore seguano il loro corso».

[59] Tra coloro che lo evidenziano, G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., pp. 340 e 341.

tità non sarebbe quasi mai sufficiente, sulla base dell'argomento per cui tale documento potrebbe pure essere falso. Si consideri, peraltro, che nemmeno gli esami sanitari – tra questi, in particolare, la radiografia o la risonanza magnetica al polso – che vengono talvolta disposti nell'ambito di vicende giudiziarie per accertare con la maggior precisione possibile l'età di soggetti non radicati nel tessuto sociale nazionale e sospettati di mentire al riguardo sono in grado di restituire risultati privi di un certo margine di approssimazione[60].

[60] In quasi tutti questi casi il sospetto che trova poi riscontro è che l'età effettiva sia superiore rispetto a quella dichiarata. Si tratta di una tendenza di cui danno conto anche gli organi di stampa e diffusa tra delinquenti di cui non si trovano documenti e che si dichiarano minorenni per lucrare quantomeno l'attenuante di cui all'art. 98 c.p.: tra le ultime notizie in questo senso, *Spaccia cocaina in piazza Vittorio Emanuele: in manette*, in *www.pisatoday.it*, 18 maggio 2019, in cui si dà conto di come, all'esito di esami radiologici, il ragazzo straniero arrestato per spaccio e che si era dichiarato diciassettenne sia risultato maggiorenne.

Al di fuori di ambiti intrinsecamente criminosi (senza che dire ciò alluda necessariamente alla totale irrilevanza penale della vicenda), sono ben noti i casi di tesseramento "mendace" di sportivi, in particolare calciatori – in Italia, il caso recente forse più noto è quello del brasiliano "Eriberto", dichiaratosi classe 1979 e che solo nel 2002 confessò di essere, in realtà, Luciano Siqueira de Oliveira, di 4 anni più anziano – risultati poi essere di età ben superiore, per sopravvalutare le prestazioni dell'atleta a fini economici ed eventualmente farlo partecipare slealmente alle competizioni giovanili, tanto che la FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*), circa un decennio fa, ha introdotto stringenti controlli sui partecipanti a gare under 17: J. Dvorak, J. George, A. Junge, J. Hodler, *Application of MRI of the wrist for age determination in international U-17 soccer competitions*, in *British Journal of Sports Medicine*, 2007, p. 497 ss.

Nella giurisprudenza penale italiana, tra le ultime pronunce di un orientamento piuttosto consolidato, Cass. pen., Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 16946, in *DeJure*, così massimata: «Costituisce strumento idoneo ad accertare l'età dell'imputato l'esame radiografico del polso in quanto consente di valutare il processo di accrescimento dell'organismo nell'età evolutiva, ancorché diversamente indichino documenti di identità dei quali non si conosca l'efficacia identificativa e fidefacente». Come si è accennato nel testo, però, la nettezza con cui talvolta si pronuncia al riguardo la giurisprudenza non trova sempre conforto in dottrina. Si vedano, ad esempio, L. Benso, S. Milani, *Alcune considerazioni sull'uso forense dell'età biologica* (12 giugno 2013), in *Questione giustizia*, 22 luglio 2013 (con commento di O. Fiore, *Sull'uso forense dell'età biologica*): «L'età "biologica" o "fisiologica" ricavabile dall'esame di caratteristiche maturative individuali, quali lo sviluppo puberale (classificato in stadi secondo Tanner, o determinato con l'orchidometria secondo Prader), la maturazione scheletrica, l'ecografia utero-ovarica e i dosaggi ormonali, non consente di stabilire con esattezza l'età cronologica di una persona priva di documenti. È questo un chiaro esempio della difficoltà che le Scienze Biologiche, il cui linguaggio è essenzialmente probabilistico, hanno nel dialogare con le Scien-

In altre parole, si tratta di valutare l'adeguatezza di un determinato approccio al profilo della giovane età di una persona con la quale si prospetta il compimento di atti sessuali, attraverso la mediazione di una figura ideale scrupolosa a cui il giudice possa fare riferimento senza che sia così necessario appiattire completamente la valutazione sul punto di vista dell'agente in carne e ossa, posto che si tratta sì di un giudizio di colpevolezza, quindi necessariamente individualizzato, ma non per questo sganciato da una dimensione comparativa rispetto al dover essere alla luce di tutti gli elementi della vicenda concreta: un vaglio del genere, a ben vedere, si riscontra praticamente in ogni tipo di colpa, in ragione della natura normativa della colpa stessa.

Peraltro, l'esatto punto di vista dell'agente concreto potrebbe persino essere considerato a suo sfavore nei casi (forse rari ma non impossibili) in cui l'età (sotto la soglia) della giovane persona coinvolta gli sia effettivamente nota, quando, invece, qualsiasi osservatore "esterno" potrebbe fondatamente confidare in dati percepibili e univoci nel descrivere una realtà non ricompresa nell'area della punibilità. Al di là del fatto che la disciplina degli artt. 602-*quater* e 609-*sexies* c.p. si basa sul presupposto sostanziale di una effettiva ignoranza dell'età altrui, sarebbe comunque possibile arricchire il giudizio di colpa, come solitamente si ammette, con le superiori conoscenze eventualmente possedute dall'agente concreto, che in questa particolare casistica renderebbero inevitabile l'astensione o almeno uno speciale approfondimento della realtà qualora i dati appresi in via esclusiva alimentassero non già una certezza ma comunque un sospetto su ciò che così nettamente appare eppure non è.

Dalle indicazioni della Corte costituzionale e della giurisprudenza basata sulle stesse, si capisce che ben difficilmente si potrà pensare di pervenire a un'esclusione della colpevolezza in caso di pura ignoranza del dato anagrafico altrui, perché, se si tratta di ac-

---

ze Giuridiche, che richiedono ragionevoli certezze» (p. 2). Più in generale, sulla dimensione forense dell'accertamento dell'età, si veda, anche per più puntuali riferimenti dottrinali, la recente tesi di dottorato di F. Bestetti, *Le metodologie di stima dell'età in ambito forense: il contributo dell'AgEstimation Project*, 2018, pubblicata nell'apposito archivio online dell'Università degli Studi di Macerata: *https://u-pad.unimc.it*.

certare l'adempimento di un obbligo precauzionale, l'atteggiamento di chi non abbia la più pallida idea dell'età della giovane persona con cui sta per relazionarsi sessualmente non sembra in alcun modo potersi dire conforme a cautela, ma, al contrario, connotato da un'indifferenza tutt'altro che scusabile. Persino nei casi in cui l'agente ha una vaghissima idea dell'età del giovane coinvolto ma nondimeno ritenga erroneamente che lo stesso sia con ampio margine un adulto – e magari proprio per questo rimane in una condizione di ignoranza – sembra più esatto parlare comunque di errore, perché il mancato approfondimento della questione deriva verosimilmente dall'aver ritenuto il soggetto comunque certamente al di sopra di qualsiasi soglia concretamente rilevante.

Va dunque qui ribadita la presa di posizione in favore di una lettura dell'ignoranza di cui parlano gli artt. 602-*quater* e 609-*sexies* c.p. come concetto di genere a cui ricondurre sia l'ignoranza pura che l'errore, ma va riconosciuto che, in quasi tutte le ipotesi della prima specie, l'«"impegno" conoscitivo» che, per la "Consulta", dovrebbe essere «proporzionale alla pregnanza dei valori in giuoco», non si può affatto considerare preso sul serio. Al riguardo, si potrebbe aggiungere che, pure nei casi di notevole «"impegno" conoscitivo» profuso, l'impossibilità di pervenire a un'attendibile conoscenza dell'età esatta della giovane persona coinvolta rende opportuno l'abbandono della prospettiva di un contatto sessuale.

Ovviamente, non si può pensare che l'obbligo cautelare si "attivi" in maniera del tutto acritica, in particolare a prescindere da una parvenza di speciale giovinezza del soggetto coinvolto. Anche qui, l'*Anlaß* di cui parla, più in generale, la migliore dottrina della colpa deve avere un'apprezzabile concretezza e rendere plausibile il rischio di invasione dei confini del penalmente rilevante[61].

Quanto al rapporto di proporzione di cui parla la "Consulta", esso potrebbe teoricamente essere concepito in termini generici e

[61] Sul punto, si veda A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore*, cit., pp. 164 e 165, che ricollega sostanzialmente l'*Anlaß* a «specifici fattori di rischio per l'equilibrio psico-sessuale della controparte, in ragione della sua ingenuità, fragilità, influenzabilità e fanciullaggine, essendo appunto tale percezione ad esercitare quella *Appellfunktion* che avrebbe dovuto indurre ad un accertamento riguardo al dato anagrafico, oppure all'astensione» (p. 165).

astratti, cioè tra titoli di reato e relative soglie di età, senza quindi distinguere tra le diverse condotte sussumili. Un simile approccio, però, non solo non è l'unico possibile, ma non sembra nemmeno quello in grado di consentire il miglior bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, anche perché solo apparentemente tutela al meglio lo stesso minore.

Se si considera che le condotte attratte nell'area della tipicità del delitto di atti sessuali con minorenne possono consistere anche solo in baci e si estendono fino a rapporti "completi", non sembra irragionevole, ma, anzi, maggiormente in linea con canoni di proporzione, rapportare l'«"impegno" conoscitivo» dell'agente (anche) al tipo di atti concretamente compiuti. Certo, pure questo approccio potrebbe essere giudicato eccessivamente astratto senza ulteriori specificazioni; infatti va subito detto che un ruolo importante dovrebbe essere giocato anche dalla fascia di età in cui, nonostante la condizione di ignoranza, il minore viene ritenuto collocabile. È evidente che un conto è lo scambio di un bacio appassionato tra una persona diciottenne e una tredicenne conosciuta da poco a una festa e cosa ben diversa è il rapporto completo tra una persona di "mezza età" (o persino più adulta) e una dodicenne: chiaramente, più si scende di età più diventa difficile anche solo far credere in giudizio che l'ignoranza sia stata effettiva, ancor prima che inevitabile.

Anche l'età, dunque, potrebbe entrare in gioco e, soprattutto, la differenza di età tra i soggetti coinvolti, come gli esempi appena fatti aiutano a comprendere e come la stessa disciplina codicistica conferma, in particolare nell'escludere la punibilità del soggetto (anch'egli minorenne) che «compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni» (art. 609-*quater*, comma 4, c.p.)[62]: una scelta che, almeno in termini di *ratio*, trova corrispondenza in mol-

[62] In argomento, ad esempio, P. Veneziani, *Art. 609*-quater *c.p.*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 639 ss.; più di recente, P. Veneziani, S. De Bonis, *I delitti sessuali contro i minorenni*, cit., p. 69 ss. Sulla non semplice declinazione della disciplina dell'art. 609-*sexies* c.p. rispetto ai rapporti tra minorenni, si veda, in particolare, A. di Martino, *Commento all'art. 7 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, cit., p. 462 ss.; in termini divergenti, P. Pisa, *Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 288.

ti altri ordinamenti, in alcuni casi rendendo possibile l'integrazione del reato a condizione che l'autore abbia almeno una determinata età, ad esempio 21 anni[63]. Si tratta, peraltro, dell'unica possibilità formalmente ammessa di rendere in qualche misura flessibile l'applicazione del reato, per il resto sussistente secondo la logica del pericolo astratto[64].

Il ragionamento che precede non ha solo il fine di calibrare il giudizio di colpevolezza dell'agente, ma sembra tenere conto anche degli interessi dello stesso minore. Ciò che si vuole evitare è che l'obbligo cautelare possa avere troppo spesso implicazioni di fatto paralizzanti, rendendo talvolta persino grottesca la tutela del corretto sviluppo psico-fisico del minorenne con riferimento alla sfera sessuale, che è invece un interesse che merita un approccio serio e calibrato. Non deve infatti trascurarsi la possibilità che un eccessi-

---

I contributi appena citati conservano, nella sostanza, attualità anche se si riferiscono alla versione previgente della disposizione che, prima dell'intervento del d.l. 19 luglio 2019, n. 69, era collocata nel comma 3 dell'art. 609-*quater* c.p. e prevedeva una differenza massima di età di tre anni.

[63] Rispetto alla pluralità di discipline statunitensi, ove il riferimento all'età minima dell'autore del reato non è raro, si veda il quadro sinottico offerto da P.H. Robinson, T.S. Williams, *Mapping American Criminal Law. Variations across the 50 States*, Santa Barbara, Praeger, 2018, p. 207 ss., in particolare pp. 209 e 210, dedicate alla «Close-in-Age Exception».

[64] Così, ad esempio, P. Veneziani, S. De Bonis, *I delitti sessuali contro i minorenni*, cit., pp. 63 e 64. Sul rischio di ingigantire il problema per il minore sottoponendolo ad accertamenti in merito alla concreta offensività degli atti sessuali che lo hanno riguardato (in particolare indagando sulla sua vita sessuale pregressa), T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici*, cit., pp. 433 e 434, richiamato sul punto, ad esempio, da A. di Martino, *Commento all'art. 7 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, cit., p. 457.

Il modello di incriminazione basato sul pericolo astratto, per quanto in linea di massima comprensibile, proprio per le ragioni appena sopra sinteticamente richiamate, può però entrare in "rotta di collisione" anche con profili particolarmente problematici come quelli di natura culturale. Gli organi di stampa (ad esempio, *Incinta a 13 anni portata in comunità, ma il fidanzato 32enne la rivuole*, in *www.ilmessaggero.it*, 10 ottobre 2019) hanno recentemente dato notizia del caso di una ragazzina di etnia Sinti infraquattordicenne, anche se non lontana dalla soglia legale, che è rimasta incinta nell'ambito di una relazione con un soggetto della stessa etnia poco più che trentenne. Posto che sarà il procedimento penale ad accertare tutti gli opportuni dettagli, fa comunque riflettere che il fidanzato e la famiglia della stessa ragazza insistano nel dire che si tratta di un accadimento del tutto normale: «Nella nostra cultura rimanere incinta a quell'età è la normalità» (così il fidanzato in un virgolettato dell'articolo sopra citato).

vo irrigidimento dell'approccio a soggetti di giovane età ed *ex ante* potenzialmente ricompresi nelle classi anagrafiche considerate dalle fattispecie incriminatrici, almeno in alcuni casi, persino nuoccia agli stessi individui da proteggere, i quali potrebbero maturare una visione distorta della sessualità, come se fosse qualcosa di (non soltanto delicato, ma) intrinsecamente riprovevole; e proprio i traumi che in età giovanile si vogliono giustamente prevenire potrebbero al contrario alimentarsi in forme diverse e quali effetti collaterali[65].

Sul piano processuale, l'"accesso" alla disciplina che consente la non punibilità per ignoranza inevitabile dell'età della persona offesa è reso alquanto complicato da una sorta di inversione dell'onere della prova, che, come si avrà modo di vedere (integrando il discorso) anche trattando altri istituti, viene realizzata dalla giurisprudenza parlando di «onere di allegazione» imposto all'imputato[66], col

[65] Tra gli psicologi che segnalano un rischio di questo genere, in particolare nei casi di carenza educativa alla sessualità, di recente, M. Manca, *Gli effetti collaterali del tabù del sesso. Il problema sono i genitori*, in *AdoleScienza*, 21 febbraio 2018, pur non negando mai le insidie di una sessualità precoce, che appare per certi versi agevolata proprio da approcci "muti" o radicalmente proibizionisti da parte dei diversi soggetti con responsabilità educativa nei confronti dei più giovani: «Forse non ci rendiamo conto che se li facciamo crescere con il tabù del sesso, gli facciamo solo del male e non saranno neanche in grado di discernere tra il piacere e l'agire, tra ciò che fa bene e ciò che è pericoloso, non saranno in grado di tutelarsi da chi li vuole adescare e catturare nella rete della perversione e da chi si può approfittare di loro. Cresceranno con dei tabù e delle convinzioni sbagliate, vivranno emotivamente la loro sessualità come un qualcosa di negativo, con la paura, con la vergogna, senza una capacità critica e senza essere in grado di capire e ragionare sulle conseguenze delle loro azioni».

[66] In questo senso, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 18 dicembre 2015, n. 12475; Cass. pen., Sez. III, 21 febbraio 2017, n. 36606, (entrambe riferite all'art. 602-*quater* c.p. e pubblicate) in *DeJure*. Pure prima dell'entrata in vigore dell'art. 602-*quater* c.p. si accollava all'imputato un «onere di allegazione» – non sfugge, tuttavia, come, in prima battuta, la Corte lo definisca un «onere di provare» – ancorché riferito solo alla sua effettiva ignoranza dell'età della persona offesa, essa bastando in ragione dell'applicazione dell'art. 47 c.p.: «Ai fini dell'applicazione dell'art. 47 c.p., non è sufficiente che l'imputato affermi di non avere avuto la consapevolezza su un elemento costitutivo del reato che caratterizza il fatto tipico, ricadendo su chi invoca l'errore l'onere di provare – o almeno di allegare elementi specifici che consentano una verifica dell'assunto – di aver agito presupponendo una realtà diversa da quella effettiva (Fattispecie in tema di ignoranza dell'età della persona offesa del reato di prostituzione minorile commesso in epoca antecedente all'introduzione dell'art. 602 quater c.p.)» (Cass. pen., Sez. III, 7 ottobre 2014, n. 949, in *DeJure*).

rischio di rendere i margini difensivi al riguardo dipendenti da una sostanziale «*probatio diabolica*»[67].

Per ciò che ora più interessa, gli stessi orientamenti precisano il discorso declinando in termini piuttosto rigidi l'indicazione della "Consulta" sulla necessaria proporzione tra bene giuridico e obbligo di accertamento del superamento della soglia d'età, nel senso che – afferma la giurisprudenza – «incombe sull'imputato l'onere di provare, non solo la non conoscenza dell'età della persona offesa, ma anche di avere fatto tutto il possibile per accertarsene, ponendo in essere comportamenti positivi ispirati ad un elevato standard di diligenza»[68]: l'implicazione esplicita è, dunque, una pressoché assoluta punibilità della colpa lieve[69].

---

[67] G. Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi*, cit., p. 1809. In questo senso, sembra allora pertinente il ricorso a un linguaggio che alluda al passaggio da una presunzione «*iuris et de iure*» (pre 2007-2012) a un'attuale presunzione «*iuris tantum*»: così, S.R. Palumbieri, *Art. 609 sexies*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 2574, assai critico: «Ora se è vero che l'accusato ha tutto l'interesse a dimostrare la propria innocenza adducendo i fatti utili a sua difesa, è anche vero che non si può trasformare la presunzione di innocenza dell'imputato in una presunzione di colpevolezza».

In una prospettiva diversa, si vedano le considerazioni generali di F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, pp. 471-473, il quale non ritiene che quello imposto dalla giurisprudenza alla difesa dell'imputato sia paragonabile all'onere di allegazione del processo inquisitorio («che nascondeva un vero e proprio onere di prova»), trattandosi piuttosto di un «onere di controversia» o «onere di argomentazione»: «Nel processo penale la prova ricade tutta sull'accusa. Il pm deve cercare anche le prove a favore della difesa. Ma se non le trova, è la difesa che deve darsi da fare, se può. […] Le informazioni vanno date da chi è nelle migliori condizioni per farlo». Il limite di questa lettura, senz'altro realistica – il punto di vista è del resto privilegiato, considerata l'esperienza professionale di magistrato requirente (peraltro ai livelli più alti) dell'Autore – nel descrivere il funzionamento pratico del meccanismo di ripartizione degli sforzi probatori, sembra però quello di non riuscire a tracciare un limite davvero preciso tra ciò che l'accusa *dovrebbe* e ciò che (inderogabilmente) *deve* fare.

Sulle declinazioni dell'art. 27, comma 2, Cost., resta fondamentale G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979; dopo l'approvazione del codice di procedura penale vigente (la cui fisionomia è nel frattempo ampiamente mutata in non poche parti importanti), ad esempio, P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2008.

[68] Cass. pen., Sez. III, 18 dicembre 2015, n. 12475, cit.

[69] Nell'ambito della giurisprudenza di merito, a chiare lettere, Trib. Roma, 1° luglio 2014, n. 1449, in *DeJure*: «In tema di delitti contro la libertà sessuale in danno di minorenni, l'ignoranza dell'età della persona offesa può essere invocata come scusante soltanto se inevitabile. Anche la colpa lieve è sufficiente per escludere l'inevitabilità, pertanto il reo [non sfugge, qui, un'indebita anticipazione logica del

Un coerente sviluppo della prospettiva abbozzata nelle ultime pagine conduce a suggerire non solo una modulazione ma anche una definizione parzialmente alternativa dell'obbligo cautelare (e della sua violazione punibile) rispetto a quella per cui mostra di propendere la giurisprudenza. Ciò significa che la verifica "anagrafica" potrà talvolta ritenersi sufficientemente messa in pratica, quale valida alternativa all'astensione dal compimento degli atti sessuali, ricorrendo a mezzi o a constatazioni che in altri casi darebbero forse luogo a colpa, specialmente lieve. Così, richiamando lo stesso esempio formulato in precedenza del bacio scambiato a una festa tra due soggetti entrambi giovani ancorché con una differenza di età non tollerata dalla legge, potrebbero bastare, non certo un totale disinteresse da parte della persona più grande, ma le dichiarazioni mendaci del minore, magari unite a un riscontro (per quanto approssimativo) nell'aspetto fisico.

Si potrebbe obiettare che, *de iure condito*, una esclusione della punibilità per ipotesi di colpa lieve non sia affatto prevista dalla legge, ma la stessa giurisprudenza che ciò sembra implicitamente sostenere, in altri contesti, in particolare in quello sanitario, ha sviluppato posizioni razionalizzanti volte a considerare – se si vuole, con un espediente retorico, ma almeno operativo *in bonam partem* – sostanzialmente una "non colpa" quella lieve maturata a determinate condizioni, che, in ambito sanitario, sono le stesse indicate dall'art. 2236 c.c., cioè «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà»[70]. Riconoscendo la pertinenza del parallelismo, si potrebbe quindi inquadrare la vicenda del bacio alla festa come un'ipotesi di "non colpa".

Nelle ipotesi in cui l'età ha rango circostanziale (in senso aggravante), si tratta di immaginare una *culpa in re illicita*, che però, diversamente dal solito, non si riferisce a un evento qualificante ma a un elemento di diversa natura. La riflessione sul punto, quantomeno nello specifico contesto dei reati sessuali, non pare aver raggiunto uno

giudizio di colpevolezza] è tenuto a dimostrare di avere compiuto ogni accertamento in suo potere per accertare la maggiore età della vittima, non essendo sufficienti eventuali affermazioni generiche di quest'ultima».

[70] Questo orientamento, sviluppato all'interno della IV Sezione penale della Corte di legittimità, ha trovato autorevole riferimento nella nota pronuncia delle Sezioni unite sull'art. 590-*sexies* c.p., per la quale esso «merita di essere valorizzato» (punto 10.1 del «Considerato in diritto»): Cass. pen., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit.

stadio particolarmente avanzato; spesso la questione è liquidata con un mero rinvio alla disciplina generale dell'art. 59, comma 2, c.p.

A ben vedere, l'imputazione è sempre basata sulla riconoscibilità dell'età della persona coinvolta, ma la dinamica conflittuale (magari pure repentina, come nei casi di condotte "predatorie" in coincidenza di contatti occasionali: si ha ora in mente lo stupro compiuto "per strada") in cui può ben svilupparsi la vicenda concreta rende talvolta difficile immaginare un approccio volto a un esplicito e approfondito accertamento del dato anagrafico che sia paragonabile, anche in termini di esigibilità, all'obbligo cautelare che si configura in coincidenza di condotte non intrinsecamente criminose. Il giudizio di colpa potrebbe così basarsi su parametri di riconoscibilità forse meno solidi e controllabili persino rispetto a quelli che alimentano l'accertamento della prevedibilità oggettiva in ambito preterintenzionale. Ciò nonostante, è assai probabile che esigenze di prevenzione generale continuino a lungo a imporsi, non concedendo alcuno "sconto" al reo.

5. *I residui profili di dubbia legittimità costituzionale sul piano sanzionatorio*

Va innanzitutto detto che esulerebbe dagli orizzonti di questa trattazione un'approfondita verifica della tenuta, sul piano della ragionevolezza, della disciplina del 2012 sull'ignoranza dell'età della persona offesa nella parte in cui si dichiara applicabile a intere categorie di reati indiscriminatamente, e, per altro verso, entro una soglia di diciotto anni invariabilmente.

Quanto al primo aspetto, si è già fatto cenno alle critiche che la precedente versione dell'art. 609-*sexies* c.p. aveva attirato per il fatto di rappresentare una norma piuttosto eccezionale nel sistema penale, la cui singolarità (in odore di irragionevolezza "esterna" alla categoria criminosa di riferimento)[71] spiccava tanto più utilizzan-

[71] Nel linguaggio utilizzato dalla Corte costituzionale, per «ragionevolezza interna» o «ragionevolezza intrinseca» (su cui, ad esempio, V. Manes, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., p. 345 ss., in particolare p. 349 ss., ove ne sono opportunamente colti i collegamenti con l'idea di proporzione) si intende la razio-

do quale *tertium comparationis* la (allora diversa) disciplina dei delitti contro la personalità individuale (artt. 600 ss. c.p.). Ora che la disciplina valida per tali delitti e quella per le fattispecie degli artt. 609-*bis* ss. c.p. si sono trovate a coincidere "a metà strada", il piano di valutazione della ragionevolezza "esterna" dell'art. 609-*sexies* c.p. perde un referente omogeneo[72], con il quale, piuttosto, si pone unitariamente in termini di paragone più ampi con altre costellazioni criminose sparse nell'ambito dell'ordinamento.

Per pronunciarsi sulla ragionevolezza "interna" a ciascuna delle due categorie bisognerebbe invece condurre un'analisi particolareggiata di ciascuna fattispecie; analisi che sarebbe però qui evidentemente un fuor d'opera, perché implicherebbe l'integrazione del discorso già sviluppato finora (peraltro non privo di riferimenti, an-

---

nalità di una singola fattispecie nel sistema senza la necessità di ricorrere a uno specifico *tertium comparationis* (G. Silvestri, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 17 giugno 2016, p. 9, richiama un passaggio di una sentenza della "Consulta" a firma di Giuliano Vassalli – Corte cost., 25 marzo 1996, n. 89, in *www.cortecostituzionale.it*; sentenza definita dall'Autore in questione, anch'egli Presidente emerito della Corte costituzionale, «la stella polare» sul giudizio di ragionevolezza – in cui si accenna a «un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la "causa" normativa che la deve assistere»), mentre parlando di «ragionevolezza esterna» o «ragionevolezza estrinseca» si fa normalmente riferimento alla ragionevolezza di una data fattispecie in termini di paragone con un'altra, secondo il tradizionale schema triadico.

Nei passaggi del testo da cui matura questa nota, si fa sempre riferimento alla seconda delle due accezioni, a dimostrazione di come, in essa, il concetto di "esterno" sia comunque relativo, nel senso che diversi e non uno soltanto possono essere i livelli di confronto: ad esempio, tra i vari delitti a cui si riferisce l'art. 609-*sexies* c.p. – sarebbe, allora, un vaglio "interno" alla categoria – oppure tra questi, in una prospettiva unitaria, e le altre fattispecie affini – la mente corre a quelle ora regolate analogamente dall'art. 602-*quater* c.p. – oppure ancora considerando congiuntamente i reati interessati dagli artt. 602-*quater* e 609-*sexies* c.p. al cospetto di tutti gli altri; in questi ultimi due casi, secondo il punto di vista qui assunto, la valutazione comparativa potrebbe concepirsi particolarmente "esterna". Un'analoga articolazione in più livelli del giudizio di ragionevolezza era stata già sviluppata da chi scrive in sede di commento critico della riforma della criminalità stradale realizzata dalla legge 23 marzo 2016, n. 41: M.L. Mattheudakis, *Il guidatore trasgressore semplice*, cit., p. 50 e se n'è parlato anche nella parte della trattazione dedicata a tale materia.

[72] Il venir meno delle ragioni del confronto attiene ovviamente solo alla prospettiva di lamentare un'irragionevole diversità di trattamento, per il semplice motivo che di diversità non si può ora più parlare. Resta impregiudicata, invece, la possibilità di passare adesso a discutere in merito all'opportunità dei dettagli della recente assimilazione, assumendo così un differente parametro costituzionale di riferimento: non più quello di uguaglianza formale ma quello di uguaglianza sostanziale.

corché più che altro strutturali, a buona parte delle disposizioni interessate) in termini eccentrici rispetto alla questione di fondo, che è e deve rimanere quella dell'imputazione colpevole differenziata.

Anche in merito al secondo aspetto inizialmente accennato sia consentito limitarsi a poche battute. Un dubbio di ragionevolezza, almeno in astratto, si pone, perché la precedente versione dell'art. 609-*sexies* c.p., al di là del *deficit* di colpevolezza che palesava, veniva rapportata solo ai fatti commessi nei confronti di infraquattordicenni, trattando così differentemente, cioè secondo le regole generali dell'imputazione dolosa *ex* artt. 43 e 47 c.p., casi come quelli degli atti sessuali con minorenne di cui al comma 1, n. 2 (riferito agli infrasedicenni) e comma 2 (riferito agli infradiciottenni) dell'art. 609-*quater* c.p. Dato il carattere alternativo delle opzioni normative succedutesi sul punto, convincersi della ragionevolezza dell'assetto attuale alimenterebbe conseguentemente il sospetto che fosse inopportuna, per non dire irragionevole la disciplina previgente; ma è evidente che potrebbe ben valere anche l'opposto.

Ciò a cui si deve dedicare un'attenzione privilegiata, declinando in modo ancora diverso la coppia concettuale "interno"-"esterno", è piuttosto se sia ragionevole la mancata differenziazione, sul piano sanzionatorio, delle ipotesi di conoscenza dell'età della persona offesa da quelle di ignoranza colpevole (quindi colposa) sullo stesso profilo di disvalore dell'illecito, rappresenti esso un elemento costitutivo del reato oppure un fattore rilevante "solo" in veste circostanziale. Ancora una volta, si può procedere separatamente all'analisi, almeno rispetto a taluni profili, senza voler con ciò alludere anticipatamente al fatto che il giudizio conclusivo nei due casi debba essere significativamente diverso.

Si può ricordare che, già in vigenza dell'art. 539 c.p., le questioni di legittimità costituzionale sulla disciplina dell'*ignorantia aetatis* non avevano mancato di evidenziare, tra l'altro, la forzatura consistente nel consentire l'equiparazione sanzionatoria di ipotesi incolpevoli, sostanzialmente di responsabilità oggettiva, e ipotesi colpevoli (dolose e colpose) rispetto allo stesso elemento dell'illecito: un'assimilazione di trattamento, quindi, (anche) "esterna" alla colpevolezza[73], che,

[73] Si veda Corte cost., 30 giugno 1983, n. 209, cit. L'equiparazione sanzionatoria, nel quadro dell'art. 519, comma 2, c.p., riguardava non solo la condotta dolosa e quella colposa, ma si assimilava a queste anche la responsabilità oggettiva, per effetto dell'art. 539 c.p. La questione è stata liquidata sbrigativamente – si potrebbe dire aggi-

a fortiori, finiva per appannare ogni possibile differenza "interna" a essa.

Ora che la responsabilità oggettiva è stata formalmente superata, l'equiparazione sanzionatoria di situazioni differenti non può essere archiviata come questione del passato. Rimane un'irragionevolezza sanzionatoria "interna" alla colpevolezza, poiché, quando l'età è elemento costitutivo del reato, la realizzazione parzialmente (ma significativamente) colposa dell'illecito è (ancora) punita ricorrendo alla stessa cornice edittale che vale per la versione "ortodossa", basata su un dolo "integrale", a cui, a ben vedere, la speciale severità di queste pene – ad esempio, non va dimenticato che per gli atti sessuali con minorenne si fa rinvio allo stesso compasso edittale concepito per la violenza sessuale: nell'ipotesi base, da 6 a 12 anni di reclusione[74] – maggiormente si addice[75]. Nemmeno è prevista alcuna *speci-*

---

rata – in questi termini: «L'affermazione del giudice istruttore di Bologna "che in base all'art. 539 c.p. vengono ad equipararsi due situazioni assolutamente distinte, meritevoli, per conseguenza, di un differente trattamento" [consapevolezza dell'età infraquattordicenne e sua ignoranza asseritamente *scusabile* per effetto di ingannatorie dichiarazioni del minore], trascura l'elemento essenziale che costituisce il fondamento della disposizione dell'art. 539 c.p. Quale che sia la natura giuridica da attribuirle, quella disposizione corrisponde *ab antiquo* nella legislazione italiana al fine di una accentuata tutela del minore degli anni quattordici, ritenuto incapace di consenso valido alla congiunzione carnale». Tra i commentatori, in senso critico, in particolare, T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici*, cit. p. 438: «è evidente infatti come l'equiparazione, in uno stesso trattamento punitivo, di situazioni psicologiche antitetiche, risulti *prima facie* ben poco ragionevole»; ma già prima p. 431, nel testo e a nota 4, in cui si dà anche conto dell'«incredibile opinione» di una giurisprudenza di merito che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio derivante dalla clausola dell'art. 539 c.p., sul presupposto che l'art. 3, comma 1, Cost. vieterebbe soltanto di «usare trattamenti diversi a casi identici», non anche di «fare trattamento identico a casi diversi»: Trib. Macerata, ord. 1° marzo 1974, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 571, con commento di A. Calamanti, *Il trattamento indifferenziato delle condotte dolose e delle condotte colpose nella presunzione di colpevolezza dell'art. 539 c.p. come violazione del principio di uguaglianza*, c. 571 ss.

[74] La pena (precedentemente consistente nella reclusione da 5 a 10 anni) risulta così innalzata per effetto della l. 19 luglio 2019, n. 69.

[75] Per una considerazione critica del genere, G. Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi*, cit., p. 1804, per cui la soluzione legislativa sarebbe in contrasto con il principio di proporzionalità, «parificando inammissibilmente le condotte dolose a quelle colpose»; inoltre, A. Verri, *L'ignoranza dell'età della persona offesa (art. 609*-sexies), in G. Marinucci, E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*. Vol. X, Wolters Kluwer-Cedam, Assago, Padova, 2015, p. 483; (volendo) M.L. Mattheudakis, *Ignoranza dell'età della persona offesa*, in A. Cadoppi, P.

fica disposizione concepita al fine di riequilibrare la sproporzione sanzionatoria che ne deriva.

È evidente come si tratti di un'irragionevolezza destinata a emergere ancora più significativamente se si ritenesse di ravvisare, a fronte delle ipotesi di ignoranza colposa della minore età (quale elemento costitutivo), fattispecie colpose *tout court*: così è per una parte della dottrina di cui si è dato conto. Ma il risultato non cambia nemmeno accogliendo la prospettiva qui sviluppata, nel senso cioè che si tratti di fattispecie a imputazione colpevole differenziata, senza con ciò voler negare la loro fisionomia non di rado spiccatamente colposa: non c'è dubbio che, sul piano della colpevolezza, cioè delle condizioni di rimproverabilità, la realizzazione integralmente dolosa dell'illecito abbia un significato in ogni caso diverso, in ragione del pieno dominio del complesso degli elementi da cui risulta il disvalore del fatto.

Come detto più volte a partire dalla trattazione generale dell'istanza di proporzione della pena alla colpevolezza (*Strafzumessungsschuld*), quella che si palesa non è solo una violazione dell'art. 3 Cost., ma anche la frustrazione di un principio immanente all'art. 27 Cost., ove l'idea di personalità non può tollerare risposte sanzionatorie squilibrate rispetto all'apporto più personale che si possa immaginare nella realizzazione del reato, ovvero quello in senso stretto colpevole, di cui dolo e colpa non esauriscono certo il contenuto, ma ne sono indici differenziali – e per questo identitari – ineludibili.

In definitiva, la scelta politico-criminale di rendere imputabile anche a titolo di colpa l'elemento (costitutivo) dell'età della persona offesa, per quanto condivisibile, perché concilia le istanze concorrenti scongiurando con equilibrio il rischio di indesiderabili vuoti di tutela in un contesto molto delicato, non implica affatto che si possa considerare accettabile un'assimilazione sanzionatoria delle due

---

Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, cit., pp. 117 e 118. Diversamente, S. Medioli Devoto, *Ignoranza dell'età della persona offesa*, cit., p. 870 ss., che ritiene giustificata la mancata differenziazione di trattamento sanzionatorio poiché sarebbero più che significative le affinità tra l'*error aetatis ex* art. 609-*sexies* c.p. e l'*error iuris* dell'art. 5 c.p. Per una panoramica relativa alle diverse posizioni sul punto, M. Bertolino, *Art. 609* sexies, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., pp. 2044 e 2045.

diverse situazioni. Detto altrimenti: ugualmente opportuna la punibilità della colpa rispetto a quella del dolo; inopportuna una pena uguale.

La questione, una volta messa a fuoco la *pars destruens* del discorso, è capire come soddisfare, in concreto, l'istanza di proporzione oggi implementata in termini decisamente insufficienti, considerato anche che la Corte costituzionale faticherebbe più che in altri casi a reperire una soluzione a "portata di mano", cioè immediatamente applicabile in alternativa a quella vigente, forse persino spingendosi oltre le "rime obbligate", come ha esplicitamente dichiarato di fare a partire dalla sentenza n. 222 del 2018[76]: è questo un limite, in termini di "giustiziabilità", che il principio di proporzione ha finora spesso incontrato e che, se è condizionato dal nobile intento di lasciare il più possibile al legislatore i dettagli delle scelte di politica criminale, implica però il risultato di consentire la conservazione (e, quindi, l'applicazione) di fattispecie costituzionalmente viziate, non correggibili nemmeno attraverso l'interpretazione conforme. Del resto, vale la pena ricordare che, proprio con riferimento alla disciplina dell'art. 609-*sexies* c.p., la Corte si è già espressamente schierata nel senso di evitare vuoti di tutela che una pronuncia totalmente ablativa comporterebbe, ancorché – va riconosciuto – ciò sia avvenuto in relazione a una questione di costituzionalità impostata su un piano diverso, ossia quello del *nullum crimen sine culpa*[77].

Nella parte di questa trattazione dedicata, in via generale, alla proporzione quale istanza collegata a quella di personalità della responsabilità penale, si è già affacciata la questione della possibilità di individuare una soluzione adattabile proprio alle ipotesi di mancata differenziazione sanzionatoria laddove l'art. 609-*sexies* c.p. si associ a fattispecie in cui l'età è elemento costitutivo e non meramente circostanziale. Tale soluzione è stata intravista nell'applicazione di una riduzione della cornice edittale delle fattispecie coinvolte fino a due terzi oppure (con minime differenze) da un terzo a due terzi, "prendendo in prestito" le riduzioni di pena previste (rispetti-

[76] Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, cit.

[77] Corte cost., 11 luglio 2007, n. 322, cit. (punto 3.2 del «Considerato in diritto»).

vamente) dagli artt. 609-*quater*, comma 5[78], e 452-*quinquies*, comma 1, c.p. Si sono però messe in luce, al contempo, le perplessità che una soluzione del genere alimenta e che risolverebbe solo in parte il problema di razionalità, di cui, in ogni caso, dovrebbe preferibilmente farsi carico il legislatore: in casi del genere, l'entrata in scena della Corte costituzionale è pur sempre il rimedio a una "patologia" del sistema, imputabile "commissivamente" od "omissivamente" – sia qui consentita la trasposizione metaforica di un linguaggio penalistico più pertinente ad altri aspetti – al legislatore.

Proprio nella prospettiva di un intervento legislativo, la dottrina italiana ha nel tempo proposto soluzioni differenti. Alcune di queste, forse condizionate dall'esigenza (allora) prioritaria di superare la responsabilità oggettiva, o si ponevano radicalmente nel senso dell'eliminazione dell'eccezione alle regole di imputazione dolosa, come detto[79], oppure ipotizzavano di «accontentarsi dell'imputazione colposa pur nell'ambito di una fattispecie dolosa»: «Una buona tecnica legislativa imporrebbe di prevedere intorno ad elementi di questo genere un'imputazione di tipo colposo e non doloso, poiché troppo frequenti sono gli errori colposi, e questi non porterebbero mai alla punibilità, con gravi pregiudizi per il bene giuridico»[80].

La posizione appena richiamata ha il notevole pregio di non offuscare ciò che può ben rimanere del dolo nonostante l'imputazione col-

---

[78] Si veda M. Vizzardi, *Ignoranza dell'età della persona offesa*, cit., p. 1362, che, commentando la pronuncia della Corte costituzionale del 2007, ben evidenziava il problema di proporzione sanzionatoria rimasto aperto, cogliendone la criticità sul piano costituzionale e auspicando quantomeno un uso calibrato degli strumenti di modulazione della pena da parte del giudice, «eventualmente con l'impiego dell'attenuante speciale per i "casi di minore gravità"».

[79] Si aggiunga che una simile soluzione trova riscontro in alcuni importanti Paesi europei, che appunto non prevedono alcuna deroga ai criteri di imputazione dolosa dell'età della persona offesa: così, ad esempio, la disciplina tedesca fondata sui §§ 176 ss. StGB (che prevede una soglia di 14 anni di età), quella degli artt. 171 ss. del codice penale portoghese (basata sulla medesima soglia di età), quella del codice penale francese (in cui l'età del consenso è fissata in 15 anni dall'art. 222-22-1), nonché quella degli artt. 183 ss. del codice penale spagnolo (in cui la soglia è invece di 16 anni).

[80] Letteralmente, A. Cadoppi, *Art. 609*-sexies *c.p.*, cit., pp. 723 e 724, che differenzia la propria posizione da quella di T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici*, cit., p. 439 ss., il quale, come visto, prospettava già un assetto analogo, ma per effetto di un peculiare accostamento dell'errore sull'età della persona offesa all'errore sul precetto.

posa di una porzione dell'illecito[81], ma rischia di eccedere in senso opposto nella misura in cui lascia in secondo piano la fondamentale questione della proporzione sanzionatoria, non trascurata da chi ha invece caldeggiato la tipizzazione dell'obbligo cautelare nel contesto di una fattispecie autonoma colposa presidiata da una pena inferiore[82], oppure, quale opzione "minima", la previsione di una circostanza attenuante, che per alcuni dovrebbe essere facoltativa[83]. Per le ragioni che si stanno per esplicitare, il ricorso a cornici edittali autonome sembra l'opzione maggiormente in linea con i principi costituzionali di riferimento.

---

[81] Una conferma del fatto che l'Autore non pensi a una fattispecie integralmente colposa sembra ottenersi alla luce del riferimento che lo stesso A. Cadoppi, *Art. 609*-sexies *c.p.*, cit., p. 723, nota 96, fa alla dottrina statunitense dell'«element analysis», che, come si vedrà meglio nelle pagine dedicate più in generale alle prospettive *de iure condendo* dell'imputazione colpevole differenziata, consiste in un approccio alla colpevolezza non con riferimento all'intero reato (c.d. *offense analysis*), ma, separatamente, a ciascuna porzione dell'illecito, riconoscendo la possibilità di combinazioni tra forme di colpevolezza paragonabili a quella dolosa e a quella colposa.

[82] Così, in particolare, L. Risicato, Error aetatis *e principio di colpevolezza*, cit., p. 612 ss., in particolare pp. 615 e 616, in cui il suggerimento era nel senso di tipizzare «un vero e proprio delitto colposo a forma vincolata, affine nella struttura al delitto di atti osceni colposi di cui al cpv. dell'art. 527 c.p.», depenalizzato nel 1999. Declinando il concetto con specifico riferimento agli atti sessuali con minorenne: «L'art. 609 *quater* c.p. dovrebbe insomma essere corredato di un ulteriore comma, che preveda una distinta e minore sanzione edittale "se il fatto avviene per colpa"» (p. 615, compresa la nota 137). Per un rilancio di questa proposta anche dopo la sentenza n. 322 del 2007, Ead., *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris, cit., p. 1474. Per un'adesione alla proposta appena considerata di «creare un vero e proprio delitto colposo», G. Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi*, cit., p. 1807, anche e soprattutto in ragione dell'esigenza di differenziare il trattamento sanzionatorio per la responsabilità dolosa da quello per la responsabilità colposa, essendo al riguardo insufficiente il riscorso all'istituto generale dell'art. 133 c.p.

[83] In questo senso, in subordine, L. Risicato, *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris, cit., p. 1473, per la quale «siffatta attenuante, sulla falsariga del § 17 *StGB*, dovrebbe essere prevista in primo luogo per le ipotesi di ignoranza evitabile del precetto, dando così piena attuazione ai dettami della *Schuldtheorie* anche nella nostra legislazione penale». Tra gli altri Autori soffermatisi sull'opportunità di differenziare la risposta sanzionatoria, ad esempio, G. Spagnolo, *La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 85, il quale, muovendo da un'analisi dei lavori parlamentari della fine degli anni Ottanta del secolo scorso, parlava di «pena adeguatamente diminuita» e, poco dopo, di «pena attenuata», riferendosi alla soluzione del c.p. svizzero, richiamata come ideale. La disposizione in questione è ora (dal 1997) contenuta nell'art. 187, il cui comma 4 prevede: «La pena è una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria se il colpevole ha agito ritenendo erroneamente che la vittima avesse almeno sedici anni, benché usando la dovuta cautela gli fosse possibile evitare l'errore».

A sostegno della tesi per cui sarebbe qui opportuna una duplicazione delle cornici edittali, sembra possibile alzare la lente di ingrandimento e impiegare, quali *tertia comparationis*, da un lato, se non tutti i delitti, quantomeno quelli contro la persona, tra cui si collocano appunto le fattispecie ora in considerazione, e, dall'altro lato, le contravvenzioni.

Partendo dalle contravvenzioni e muovendo da una prospettiva *de iure condito*, si è già avuto modo di vedere che non sono previsti strumenti diversi dalla generale disposizione dell'art. 133, comma 1, n. 3, c.p. per differenziare il trattamento di dolo e colpa. Al di là delle intenzioni del legislatore del 1930, una simile scelta potrebbe forse razionalizzarsi, ancora oggi, richiamando la (già fatta) constatazione per cui dolo e colpa sarebbero persino difficilmente distinguibili in concreto applicando a tali illeciti la *Schuldtheorie*, come effettivamente prevede la legge.

Altrettanto pragmaticamente, taluno potrebbe reputare accettabile la mancata previsione di distinte cornici edittali per realizzazioni dolose e colpose della medesima contravvenzione, anche a prescindere dal problema della possibilità logica di distinguere concretamente dolo e colpa, alla luce della severità relativamente contenuta della sanzione; il che sarebbe peraltro coerente con la riproposizione della stessa regola anche rispetto all'illecito amministrativo disegnato dalla l. 24 novembre 1981 n. 689. Si cercherebbe razionalità, dunque, nella tendenza per la quale più sono significativi i livelli di severità sanzionatoria altrettanto l'ordinamento esprime un giudizio pronunciato di differenziazione di fatto doloso e (corrispondente) fatto colposo, quando quest'ultimo risulta tipizzato.

Nel verificare se tali aspetti trovino corrispondenza nell'ambito dei reati a cui sono applicabili gli artt. 602-*quater* e 609-*sexies* c.p., si ha immediatamente la percezione che, al contrario, dolo e colpa, pur potendosi rendere alternativi o combinare, nel senso più volte chiarito, non si sovrappongano mai fino a non essere più reciprocamente distinguibili; così come, sul piano sanzionatorio, massimi edittali che talvolta superano i dieci anni di reclusione non consentono di certo di parlare di severità contenuta.

Guardando ai delitti e cominciando da quelli contro la persona, non si può certo ignorare l'assetto sanzionatorio dell'omicidio e del-

le lesioni personali, se non altro per la tradizionale centralità che a questi illeciti si riconosce nella tutela dell'individuo. Quanto all'omicidio, a ben vedere, non si prevede una semplice attenuante in caso di realizzazione colposa e una cornice edittale autonoma è riservata pure all'ipotesi preterintenzionale. Discorso analogo può svilupparsi per le lesioni personali (considerando le ipotesi base), rispetto alle quali, come già detto, le cornici edittali, che prima si "toccavano", sono state recentemente distanziate, così da lasciare quantomeno un "interstizio", per quanto più che altro simbolico, tra il massimo concepito per le lesioni colpose e il minimo previsto per quelle dolose.

Rispetto alle incriminazioni che oggi troviamo negli artt. 609-*bis* ss. c.p. e a prescindere dall'evoluzione del *nomen iuris*, taluno potrebbe persino cercare di sostenere che un apprezzamento di tutte le possibili questioni di proporzione non espressamente contemplate da speciali circostanze aggravanti o attenuanti sia stato implicitamente recepito all'interno delle cornici edittali in occasione della codificazione del 1930 e poi delle riforme del 1996 e del 2012. Ciò riguarderebbe, quindi, anche le questioni relative alla colpevolezza, pur con la precisazione che nei primi due casi l'equiparazione si estendeva persino alla responsabilità oggettiva. Nel senso ora prospettato, si potrebbe fare leva sull'estensione di alcune cornici edittali, che nei reati a cui si applica la speciale disciplina dell'*ignorantia aetatis* può arrivare a prevedere un massimo corrispondente al quintuplo del minimo: così è, ad esempio, nel caso del delitto di corruzione di minorenne *ex* art. 609-*quinquies* c.p., punito «con la reclusione da uno a cinque anni». Per avere conferma che questa non sia però una peculiarità di questi reati, può essere sufficiente constatare che simili estensioni edittali e analoghi rapporti di proporzione tra minimo e massimo (se non più accentuati) sono riscontrabili anche in non pochi delitti puniti solo in forma dolosa, sia dentro che fuori il contesto della tutela della persona[84] oppure ancora che lo stesso compasso edittale della corruzione di

[84] Si pensi, ad esempio, alla gran parte dei delitti puniti indicando solo il massimo edittale, dove il minimo della pena detentiva è implicitamente individuato, per effetto della disposizione generale dell'art. 23, comma 1, c.p., in 15 giorni di reclusione: tra questi, quello di percosse *ex* art. 581 c.p., la cui pena detentiva è «la reclusione fino a sei mesi» oppure, al di fuori dei delitti contro la persona, quello di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice di cui all'art. 388 c.p., la cui pe-

minorenne è previsto espressamente per illeciti colposi che sono puniti diversamente se realizzati con dolo (è il caso dell'art. 449, comma 1, c.p., in tema di tutela dell'incolumità pubblica). Il che, evidentemente, dovrebbe ridimensionare – e non poco – l'efficacia dimostrativa dell'eventuale ricorso a un argomento del genere per giustificare l'unicità di cornice edittale nei delitti di cui si sta trattando.

Se si volesse evidenziare che è solo un elemento della tipicità a essere interessato dall'imputazione colposa, per sostenere così che, nell'economia dell'illecito, ciò sarebbe (quantitativamente) insufficiente per legittimare il ricorso a una cornice edittale autonoma, da un lato, si convaliderebbe forse la lettura strutturale qui finora sviluppata, che dà opportunamente conto dell'esistenza di una frequente pluralità di elementi costitutivi del reato, ma dall'altro lato, ci si spingerebbe verso un eccesso che quanto teorizzato in queste pagine mira invece a evitare: cioè si rischierebbe di oscurare la presenza di casi – si è più volte fatto l'esempio degli atti sessuali con minorenne – in cui la struttura dell'illecito è "corta" e il suo baricentro, quantomeno in termini di disvalore, poggia decisamente, se non esclusivamente, sull'elemento di cui non è necessario il dominio (conoscitivo) effettivo.

In questo procedere "per esclusione", matura sempre più l'impressione che, tra le possibili ragioni concorrenti, lo stigma generalmente accompagnato a questi delitti (e che prosegue vistosamente anche nel contesto detentivo)[85] nonché le correlate esigenze di preven-

---

na detentiva è «la reclusione fino a tre anni». Esempi non mancano nemmeno guardando a livelli sanzionatori più alti: limitandosi ai casi in cui vi è lo stesso rapporto di proporzione tra il minimo e il massimo edittale della corruzione di minorenne, si pensi al delitto dell'art. 351 c.p. («Violazione della pubblica custodia di cose»), la cui pena detentiva è «la reclusione da uno a cinque anni» oppure a quello di usura, la cui pena detentiva base è «la reclusione da due a dieci anni» (art. 644, comma 1, c.p.).

[85] La reputazione di "stupratori" e soprattutto "pedofili" nei penitenziari italiani, come in quelli di molte altre parti del mondo, è notoriamente pessima e il gergo carcerario etichetta tali soggetti come «infami»: in argomento, ad esempio, un editoriale dal titolo eloquente, *In carcere una «legge» senza attenuanti*, in *www.lastampa.it*, 3 aprile 2006. Non è quindi un caso che, da "carnefici" agli occhi della società, gli stessi divengano dei soggetti da proteggere dalle violenze altrui. Sul tema, si rinvia alle seguenti istruttive letture (selezionate a titolo meramente esemplificativo), interessanti anche per apprendere i dettagli di percorsi mirati a incidere sulle cause del reato e consentire una effettiva risocializzazione dei condannati per reati del genere: S. Ciappi, V. Palmucci, P. Scala, I. Toccafondi (a cura di), *Aggressori sessuali. Dal carcere alla società. Ipotesi e strategie di trattamento*, Milano,

zione generale abbiano avuto un peso preponderante, facendo sembrare accettabile un costante irrigidimento di tutta la disciplina sui livelli di severità del fatto (integralmente) doloso, appannando così differenze che, secondo diversi parametri costituzionali (ricavabili, in particolare, negli artt. 3 e 27 Cost.), richiedono una più decisa valorizzazione. L'impronta "ideologica" del legislatore volta a equiparare ipotesi diversamente colpevoli incontra infatti oggi e incontrerebbe in futuro un limite in principi costituzionali il cui carattere (sempre più) dimostrativo e non meramente argomentativo potrebbe consentire, se solo fosse disponibile un'attendibile soluzione alternativa di immediata applicazione, una censura da parte della Corte costituzionale.

Nemmeno ragioni di economia legislativa, che, in ogni caso, non potrebbero essere privilegiate all'implementazione di principi costituzionali quali quelli più volte evocati in queste pagine, depongono necessariamente a favore del ricorso a circostanze attenuanti quale alternativa alla previsione di cornici edittali distinte. Al riguardo, si potrebbe pensare che la soluzione più efficiente possa essere quella di prevedere una diminuzione di pena direttamente negli artt. 602-*quater* e 609-*sexies* c.p., quale effetto della loro concreta applicazione. Oppure il modello regolativo di tali articoli potrebbe essere sostanzialmente ricalcato in altro modo, cioè prevedendo in articoli *ad hoc* delle circostanze attenuanti per i vari reati interessati. Proprio nel contesto di cui si sta trattando, in effetti, circostanze attenuanti riferite a una pluralità di reati sono già previste ed espressamente identificate come tali in articoli a sé stanti: è il caso degli artt. 600-*septies*.1 e 603-*bis*.1 c.p., che ricorrono a una tecnica non meno utilizzata per le aggravanti, come dimostrano gli artt. 602-*ter*, 609-*ter* (per effetto di rinvii) e 609-*duodecies* c.p.

Un simile argomentare perderebbe però buona parte della sua forza persuasiva una volta resisi conto che tecniche legislative del genere sono impiegate all'interno del codice penale anche per formare cornici edittali di fattispecie colpose autonome. Proprio in tempi recenti – già prima vi era l'esempio del settore "limitrofo" dei

---

Giuffrè, 2006; M. Bertolino, *Il trattamento del delinquente sessuale tra legislazione e prassi. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2013, p. 1805 ss.; A. Adragna, *Il trattamento dei detenuti sex offenders nel carcere di Castelvetrano (TP)*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, 2016, p. 26 ss.; C.M. Xella, *Italian Criminal Justice System and Sexual Offending: An Overview*, in *Sexual Offender Treatment*, 1-2, 2018.

delitti contro l'incolumità pubblica (artt. 449 e 452 c.p.) – un'opzione del genere si è concretizzata in occasione della discussa tipizzazione nel corpo codicistico delle fattispecie delittuose ambientali tramite la l. 22 maggio 2015, n. 68. In questo senso, si atteggia l'art. 452-*quinquies* c.p., rubricato «Delitti colposi contro l'ambiente», il cui comma 1 prevede: «Se taluno dei fatti di cui agli articoli 452-*bis* e 452-*quater* è commesso per colpa, le pene previste dai medesimi articoli sono diminuite da un terzo a due terzi».

Partendo proprio da questo termine di confronto, ci si potrebbe sentire indotti a ritenere che una simile diminuzione di pena non comporti alcuna differenza, al lato pratico, rispetto a quella di corrispondente misura realizzata da una circostanza attenuante a effetto speciale: esattamente la stessa diminuzione frazionaria è contemplata, ad esempio, dal citato art. 603-*bis*.1 c.p., rubricato «Circostanza attenuante». Come si sta cercando di fare emergere, però, non è tanto una questione di *quantum* della diminuzione[86], ma, piuttosto, di adeguata e coerente valorizzazione sul piano sistematico della realtà disciplinata, e che consentirebbe, peraltro, l'assorbimento di fattori problematici che, invece, affidandosi a un regime circostanziale si presenterebbero: ad esempio, la scelta del regime facoltativo o obbligatorio della stessa circostanza, così come la presa di posizione sulla possibilità della stessa circostanza di incidere (ed eventualmente in quale misura) sul bilanciamento con aggravanti concorrenti.

Del resto, anche parte della dottrina che ha giudicato ammissibile l'opzione circostanziale ha comunque manifestato una preferenza per la possibilità di imitare il modello della punibilità "a doppio titolo" prevista inizialmente per il delitto di atti osceni di cui all'art. 527 c.p.[87]. Ebbene, prima che, per effetto della l. 30 dicembre 1999, n. 507, la fattispecie colposa venisse degradata a illecito amministrativo, essa era sanzionata con una cornice edittale autonoma (che delimita-

[86] Se si trattasse solo di questo, non ci sarebbero ostacoli insormontabili, considerate le significative potenzialità in termini quantitativi e qualitativi delle circostanze, come già constatato richiamando il contributo di F. Basile, *L'*enorme potere *delle circostanze sul reato*, cit., in particolare p. 1745 ss.

[87] Si tratta, in particolare, della già richiamata posizione di L. Risicato, Error aetatis *e principio di colpevolezza*, cit., pp. 615 e 616; Ead., *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris, cit., pp. 1473 e 1474.

va i confini di una multa) rispetto a quella prevista per l'ipotesi base dolosa, punita peraltro con una pena di specie diversa, cioè detentiva.

Per ciò che riguarda i casi in cui l'età assume il ruolo di elemento costitutivo dell'illecito, in definitiva, si è per lo più in linea con la dottrina che ha prontamente censurato una residua violazione delle istanze di ragionevolezza sanzionatoria anche dopo il superamento (quantomeno formale) della responsabilità oggettiva in questo settore. La differenza rispetto ad alcune posizioni che pure si collocano nell'ambito della stessa linea di pensiero sta più che altro nel credere che livelli di proporzione pienamente soddisfacenti dipendano dalla scelta di cornici edittali direttamente calibrate sulle peculiarità della realizzazione mista rispetto a quella (integralmente) dolosa.

Quanto all'ignoranza della minore età quale elemento circostanziale, si è già avuto modo di dire che lo scarto tra la disciplina legale generale e quella dell'art. 609-*sexies* c.p. è più di forma che di sostanza, stante la riconducibilità al paradigma colposo dei criteri di conoscibilità ed evitabilità. Sul piano sanzionatorio, la peculiarità è che in questo caso la mancata differenziazione sanzionatoria già in astratto tra dolo e colpa è almeno più coerente rispetto al sistema nel suo complesso e, per quanto non sarebbe certo inopportuna l'eventuale scelta del legislatore di calibrare gli aumenti di pena in termini diversi a seconda della conoscenza effettiva piuttosto che della conoscibilità del dato anagrafico, la soluzione attuale sembra più accettabile di quella relativa alle ipotesi in cui l'età assume il rango di elemento costitutivo del fatto.

Nel pervenire a tale conclusione, si muove dal presupposto che vi sono principi costituzionali che, per quanto dimostrativi, cioè, come già precisato in questa trattazione, in grado di consentire una declaratoria di illegittimità costituzionale di disposizioni con essi contrastanti, sono comunque considerati bilanciabili con altre istanze e quindi non sempre vincolabili a una logica binaria di rispetto o violazione, ma suscettibili di più o meno profonda implementazione, come già si è qui rilevato nell'approfondimento dedicato proprio alle istanze di proporzione, affrontate più in generale. In un'ottica di sistema, si potrebbe così rilevare che l'appannamento delle differenze tra i profili di colpevolezza sull'età quale elemento circostanziale sia una soluzione poco proporzionata, ma non necessariamente sproporzionata.

Capitolo VI

L'IMPUTAZIONE COLPOSA DEI PROFILI DI CONSENSO NEI REATI SESSUALI: UN'INDAGINE COMPARATISTICA IN PROSPETTIVA *DE IURE CONDENDO*

1. *I limiti della disciplina vigente*

A completamento dell'itinerario sugli spazi dell'imputazione (anche) per colpa nell'ambito dei reati sessuali, pare opportuno volgere l'attenzione pure a un oggetto diverso dall'età della persona offesa. Come si sta per vedere, uno sguardo comparatistico alla corrispondente disciplina di altri Paesi mostra una pronunciata tendenza a costruire i reati integrabili anche in danno degli adulti incentrandoli sull'elemento del consenso. Nell'ambito di tali normative, a prescindere dal linguaggio impiegato, non è affatto raro percepire i segnali di un'apertura alla colpa, talvolta riconosciuta esplicitamente quale criterio di imputazione relativamente al carattere indesiderato degli atti sessuali.

Anche in Italia, la disciplina vigente è andata incontro a critiche analoghe a quelle che hanno indotto altri Paesi a modificare la loro strategia di tutela di beni giuridici che sono indubbiamente tra i più delicati, se non in assoluto quantomeno nell'economia dei delitti contro la persona.

Guardando all'assetto attuale, si può preliminarmente osservare che riserve sono state espresse rispetto all'opzione in favore di un modello unitario per reprimere condotte di gravità anche molto diversa. Come è noto, applicazioni giudiziali dell'art. 609-*bis* c.p. si sono registrate sia con riferimento a stupri che a baci "rubati" e toccamenti re-

pentini[1]. L'estensione dell'area della tipicità finisce così per essere troppo ampia, rendendo poco soddisfacente la mera previsione di un'attenuante per i casi di minore gravità. Meglio sarebbe prevedere una o due fattispecie autonome ulteriori, come suggerito da tempo da parte della dottrina[2], facendo guadagnare alla disciplina maggior calibro in termini di tipicità e di proporzione sanzionatoria.

Ai fini della presente trattazione è però un altro l'aspetto che merita di essere privilegiato: la soluzione unitaria appena menzionata è insoddisfacente anche (se non soprattutto) poiché, sul piano della tipicità, rende di per sé insufficiente il compimento di atti sessuali sgraditi alla persona coinvolta, ricalcando essenzialmente il tradizionale modello coercitivo, che fa di violenza o minaccia fattori

---

[1] Per un quadro piuttosto aggiornato sulla giurisprudenza, si veda, ad esempio, S.R. Palumbieri, *Art. 609 bis*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., in particolare p. 2531 ss.

[2] La proposta fa originariamente riferimento soprattutto alla tipizzazione di una fattispecie di molestie sessuali, prevista nei lavori parlamentari relativi alla riforma del 1996, ma poi non confluita nella disciplina definitivamente approvata. Sul punto, ad esempio, A. Cadoppi, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-*bis *c.p.)*, in A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, cit., pp. 22 e 23 (nel contesto di un confronto tra la nozione di «atti sessuali» e quella di «atti di libidine» prevista dalla disciplina precedente); inoltre, tra i non pochi, M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium iuris*, 1996, p. 404 ss., alla quale si deve pure la redazione del documento di sintesi sul punto dei contributi del «Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale» (composto anche dai Professori Giuliano Balbi e Alberto Cadoppi) dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale: *Verso la riforma dei reati sessuali. Parte I: I reati* stricto sensu *sessuali*, in *www.aipdp.it*, p. 5, presentato al VII convegno nazionale della stessa Associazione – «Il diritto penale tra recenti modifiche e progetti di riforma» – tenutosi a Torino nei giorni 9 e 10 novembre 2018; F. Macrì, *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma*, Firenze, Firenze University Press, 2010, pp. 44 ss., 201 e 202, che, al riguardo, parla anche di «atti sessuali minori». In termini problematici, a margine di una considerazione dei possibili inconvenienti della scelta di ricorrere a una circostanza attenuante per i «casi di minore gravità», P. Pisa, *Le nuove norme contro la violenza sessuale*, cit., pp. 286 e 287.

Sempre nell'ottica di rendere più proporzionate le fattispecie poste a tutela della libertà sessuale e le relative risposte sanzionatorie, si veda anche B. Romano, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2018, pp. 4-6, che, parlando esplicitamente di «"spacchettamento" del delitto di violenza sessuale» propone l'affiancamento a quest'ultimo, che perderebbe conseguentemente quote di tipicità, di un delitto di «abuso sessuale»; ma «sarebbe comunque opportuno l'inserimento nel nostro ordinamento di una norma specifica sulle molestie sessuali».

centrali e praticamente imprescindibili per buona parte della casistica di riferimento.

È ormai piuttosto matura, anche nel panorama internazionale, la critica a un modello punitivo del genere, che, se interpretato *stricto sensu*, rischia di lasciare priva di tutela quella che sembra potersi comunque definire una vittima[3], mentre, se piegato alla bisogna come avviene costantemente nel nostro ordinamento, finisce per consentire la condanna di imputati – non importa se astrattamente meritevoli di pena – in violazione delle più essenziali istanze di legalità, in particolare tramite una lettura particolarmente estesa dei concetti di violenza e minaccia[4].

Formulazioni normative come quella italiana vigente sulla violenza sessuale mostrano limiti significativi in alcuni casi in particolare. Tra questi vi è senz'altro quello in cui il comportamento della persona coinvolta è passivo e non caratterizzato da alcuna forma di

---

[3] Non sembrano fuori luogo considerazioni come quella, ad esempio, di M. Virgilio, *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto*, Ancona, Nuove Ricerche, 1996, p. 66, per cui rendere sussistente il reato «a condizione che l'aggressore abbia usata violenza e minaccia, significa imporre un onere di resistenza e dunque concedere tutela solo a chi dimostri di aver resistito. Questo equivale, in definitiva, a riconoscere la tutela penale solo a chi dimostri di aver "saputo meritare" quella tutela».

[4] In merito alla progressiva «volatilizzazione» del concetto di violenza nel contesto in esame, A. Cadoppi, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609*-bis *c.p.)*, cit., pp. 12 e 13. Si veda anche M. Papa, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *Criminalia*, 2018, in particolare p. 217 ss., ove si parla di «smaterializzazione» di una fattispecie, quella di violenza sessuale, già in partenza tipizzata in modo non particolarmente pregnante semioticamente, a differenza di quella antecedente di violenza carnale, descritta come «esempio di condotta fisiognomicamente perfetta».

Più in generale, sull'alternativa tra «approccio "descrittivo"» e «approccio "normativo"» al concetto di violenza, usato quale vero e proprio banco di prova per testare la propria critica alle tesi più radicali nel declinare il divieto di analogia in materia penale, M. Vogliotti, *Dove passa il confine?*, cit., p. 91 ss., in esplicito "dialogo" con la contrapposta posizione di F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, Giuffrè, 2002, volta (quest'ultima) a ricavare «una nozione 'restrittiva' assai vicina al concetto sociale, pre-giuridico di violenza», che si collochi «entro limiti finalmente compatibili con il principio costituzionale di precisione» (p. 287). In senso critico sulle dilatazioni del concetto penalistico di violenza e in particolare su quello di «violenza impropria» di origine antoliseiana, si vedano anche G. De Simone, voce *Violenza*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 881 ss.; M. Mantovani, voce *Violenza privata*, *ivi*, in particolare p. 935 ss.

resistenza diversa da quella eventualmente opposta verbalmente. In casi del genere, in cui può pure emergere con assoluta chiarezza il carattere sgradito degli atti sessuali compiuti, la vittima – come la si è definita anche poc'anzi, in termini non strettamente dipendenti dall'area della punibilità *de iure condito* – può tenere un atteggiamento apparentemente neutro o comunque non "combattivo" per diversi motivi: tra quelli che trovano più solido riscontro nella letteratura extrapenalistica, una paralizzante percezione di impotenza, specie in contesti isolati e in ragione di una netta differenza di forza fisica tra i soggetti; la supposizione – importa relativamente se fondata o meno – di poter subire "ulteriore" violenza (cioè diversa dall'imposizione strettamente sessuale); il non raro meccanismo autodifensivo di isolamento psicologico, una sorta di "dissociazione" mente-corpo proiettata a contenere l'intensità (almeno nell'immediato) del trauma[5].

Le eventualità appena elencate sono destinate a riproporsi, in termini verosimilmente più accentuati, nei casi in cui siano più di uno i soggetti che indirizzano le proprie "attenzioni" sessuali alla vittima, rendendo pertinente l'assunzione quale fattispecie di riferimento di quella dell'art. 609-*octies* c.p. («Violenza sessuale di gruppo»), la quale però mutua parte significativa della tipicità, compresi i requisiti modali di coercizione qui criticati, dal prototipo dell'art. 609-*bis* c.p.[6].

2. *«La Manada»: la recente casistica spagnola e il relativo contributo al dibattito sulla qualificazione giuridica del fatto*

Sui rapporti tra realizzazione plurisoggettiva di atti sessuali indesiderati e reazione della vittima, sembra eloquente ciò che è acca-

[5] Tra i punti di riferimento della letteratura scientifica in questo senso, S.W. Porges, *La teoria polivagale. Fondamenti neurofisiologici delle emozioni, dell'attaccamento, della comunicazione e dell'autoregolazione*, Roma, Fioriti, 2014, ove si possono leggere spiegazioni neuroscientifiche sulle reazioni della persona in situazioni di pericolo; reazioni che possono ben essere di carattere passivo, proprio come indicato nel testo.

[6] Si veda, ad esempio, Fr. Mazzacuva, *La violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies *c.p.)*, in A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, cit., p. 54 ss.

duto in Spagna negli ultimi anni. Ha fatto molto discutere l'opinione pubblica – ci sono state anche diverse manifestazioni di piazza – un caso avvenuto a Pamplona in una notte nel luglio del 2016, in occasione dei *Sanfermines* (i festeggiamenti di San Firmino): una ragazza di 18 anni ha seguito un gruppo di 5 uomini (di qualche anno più grandi) conosciuti poco prima, fino a quando la stessa è stata condotta in una zona appartata dell'ingresso di un palazzo e lì i 5 uomini hanno compiuto con lei atti sessuali di diversa natura[7].

La mancanza di una significativa reazione fisica, in un certo senso – lo si preciserà a breve – confermata dalla versione della ragazza stessa, ha lasciato margine agli imputati per sostenere che i rapporti siano stati consensuali e che, solo in quanto abbandonata all'esito di questi fatti, la ragazza, per risentimento, abbia deciso di sporgere denuncia.

La ragazza, al contrario, ha raccontato di aver sì seguito i ragazzi senza costrizione inizialmente, ma di aver realizzato, a un certo punto, che le intenzioni degli uomini erano quelle di approfittarsi di lei sessualmente. A quel punto le è sembrato essere troppo tardi e si è sentita impotente, restando pietrificata in balia degli eventi. Accedendo a questa versione dei fatti, che l'atteggiamento della vittima possa essere interpretato come implicita manifestazione di consenso rispetto agli atti sessuali è quantomeno discutibile.

Uno dei momenti di maggior fermento dell'opinione pubblica[8] si è avuto quando, il 20 marzo 2018, l'Audiencia Provincial de Navarra[9] ha condannato a una pena detentiva di 9 anni gli imputati

---

[7] La dottrina penalistica ha già dedicato diversi contributi al caso e alle sue implicazioni giuridiche. Tra questi, vi è persino un intero volume: P. Faraldo Cabana, M. Alcalé Sánchez (directoras); S. Rodríguez López, M.A. Fuentes Loureiro (coordinadoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, ove, nelle p. 13 ss., una ricostruzione dei fatti più accurata di quelle proposte dai vari organi di stampa (per la versione degli imputati, p. 16; per quella della vittima, p. 17).

[8] Lo testimonia la rassegna leggibile nella sezione «Reacciones a la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra» della ricca pagina *Wikipedia* specificamente dedicata al caso: *https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_de_La_Manada*. Da lì, slogan come «Hermana, yo sí te creo» oppure «No es abuso, es violación».

[9] Audiencia Provincial de Navarra, Sec. II, 20 marzo 2018, n. 38, in *www.lavanguardia.com*, 26 aprile 2018.

(solo) per *abuso sexual* (art. 181 c.p.)[10], un reato punito (non certamente in modo lieve, ma) decisamente meno severamente rispetto alla *agresión sexual* (art. 178 c.p.), la cui maggior gravità è essenzialmente determinata dall'impiego di violenza o minaccia: «utilizando violencia o intimidación»[11].

Posto che, in ogni caso, è stata riconosciuta la mancanza di consenso della ragazza, anche perché, altrimenti, gli imputati sarebbero stati assolti, la (più "morbida") qualificazione giuridica della vicenda è evidentemente dipesa dalla mancanza di prova di una esplicita minaccia o di una violenza diversa dall'imposizione, di per sé, degli atti sessuali indesiderati. L'atteggiamento passivo della vittima, ripresa con il telefono e umiliata dal «branco» («La Manada»: così autodefinitosi in una chat *WhatsApp*), come le stesse immagini parrebbero dimostrare, era verosimilmente dovuto alla condizione di *shock* della ragazza e, una volta percepito un senso di ineluttabilità di ciò che stava accadendo, al tentativo più o meno conscio di "limitare i danni". Il contesto (di notte e in condizioni di relativo isolamento) e la oggettiva sproporzione di forza (pur solo potenziale) tra la ragazza (peraltro esile) e i 5 uomini era tale da far apparire vana qualsiasi opposizione, resa probabilmente ancora più difficile dalla previa assunzione di sostanze alcoliche.

Dopo una sostanziale conferma in secondo grado, nel 2019 il Tribunal Supremo ha ritenuto integrato il più grave reato di *agresión sexual*[12]. Per effetto di questa decisione, che ha ravvisato sussistente una «intimidación» e non un mero «prevalimiento» (cioè lo sfruttamento di un rapporto "sproporzionato" con la vittima), gli imputati hanno riportato una condanna a una pena detentiva di 15 anni.

---

[10] In tema, anche per un'istruttiva rassegna giurisprudenziale, E. Pérez Alonso, *Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales*, in *InDret*, 3/2019.

[11] Ampiamente sul punto, proprio a partire dal caso in commento, P. Faraldo Cabana, *¿Intimidación o prevalimiento? La sentencia de La Manada y los delitos sexuales en España*, in *Criminal Justice Network*, 25 settembre 2018.

[12] Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 4 luglio 2019, n. 344, consultabile all'indirizzo *www.lavozdegalicia.es/default/2019/07/05/00171562321608473444967/Fichero/sentencia.pdf*. Sui profili critici della della sentenza, J.A. Lascuraín Sánchez, *La sentencia de La Manada: ¿todos contentos?*, in *Almacén de derecho*, 4 novembre 2019.

Un fatto analogo è accaduto, sempre nel 2016, a Manresa, in Catalogna, in danno di una ragazza di 14 anni, abusata da 5 uomini ai quali non era stata opposta resistenza a causa dello stordimento dovuto a alcool e droghe. Pure in questo caso, che pare meno problematico dal punto di vista probatorio, l'assenza di necessità di ricorrere a esplicite violenze o minacce ha determinato la condanna a pene detentive tra i 10 e i 12 anni degli uomini per il reato di *abuso sexual*[13], alimentando le proteste di buona parte dell'opinione pubblica[14].

Anche in ragione di questi fatti, in Spagna, il dibattito sulla riforma dei reati sessuali è all'attenzione della politica ed è prevedibile che, come altrove, anche in questo Paese venga definitivamente abbandonato, quantomeno a livello di tipicità, il modello della coercizione, in favore di una disciplina incentrata sul consenso anche per i fatti più gravi. In questa direzione, appunto, si colloca un *anteproyecto de ley orgánica* approvato dal governo iberico all'inizio di marzo del 2020, che ambisce a ricondurre tutti i possibili attacchi alla libertà sessuale di una persona non consenziente («cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consenti-

[13] Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. XXII, 31 ottobre 2019, n. 813, consultabile all'indirizzo *www.audiencias.vlex.es/vid/828174517*. Per un commento critico, ad esempio, M. Acale Sánchez, *La miopia di 'vostro onore'*, in *Criminal Justice Network*, 10 novembre 2019.

[14] Si veda l'editoriale di A. Garcia, *Consentimiento. Una nueva y polémica sentencia obliga a revisar el delito de violación*, in *https://elpais.com*, 2 novembre 2019. Per un commento della vicenda nella prospettiva del giurista italiano, G.L. Gatta, *Atti sessuali su minore incosciente per effetto dell'uso di alcool e droga: violenza o abuso sessuale? Il caso spagnolo della 'Manada de Manresa', nella prospettiva del penalista italiano. Sui confini dei concetti di violenza e minaccia*, in *Criminal Justice Network*, 10 novembre 2019, il quale osserva come nel nostro ordinamento il fatto sarebbe stato agevolmente – sembra però trascurato l'elemento costitutivo dell'induzione, dato forse un po' troppo per scontato e infatti mai menzionato – inquadrabile nell'ambito della fattispecie più grave, cioè quella di violenza sessuale (in questo caso di gruppo), la cui tipicità è integrata anche nelle ipotesi di abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa (art. 609-*bis*, comma 2, c.p., da intendersi richiamato anche nell'ambito dell'art. 609-*octies* c.p.). Sui rapporti tra atti sessuali compiuti nei confronti di una persona incosciente e *harm principle*, si veda l'interessante analisi di A. Spena, *Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle*, in *Dir. & quest. pubb.*, 2010, p. 497 ss., che, condivisibilmente, ravvisa comunque una violazione del diritto all'autodeterminazione sessuale: «it is the violation of the victim's right to sexual autonomy» (p. 524).

miento») all'ambito applicativo di un rinnovato art. 178 c.p., rubricato «agresión sexual»[15].

L'esperienza spagnola induce a riflettere sull'importanza che possono avere, qui come in tanti altri casi, le *Kulturnormen* (norme di cultura), che, se devono concepirsi meno "pressanti" per il legislatore quando si pongono in chiave incriminatrice (o di inasprimento della punibilità), non per questo meritano di essere ignorate in prospettiva di riforma, pur non dovendo scadere nel "populismo penale"[16]. Con particolare riferimento al caso di Pamplona, l'opinione pubblica non ha accettato – sottinteso: una volta accreditata la versione della diciottenne – che un fatto percepito di gravità (almeno per quel settore) assoluta potesse non essere tale per il diritto positivo, o almeno per effetto di una sua interpretazione.

Nel panorama dottrinale italiano, anche chi ha proposto persino una tripartizione delle forme "principali" di reati sessuali, ha condivisibilmente ravvisato l'opportunità di una generale eliminazione del riferimento esplicito alla violenza e alla minaccia[17]. In tale rico-

---

[15] In termini critici sulla soluzione concepita dal governo spagnolo, J.A. Lascuraín Sánchez, *Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?*, in *Almacén de derecho*, 28 marzo 2020, che, tra l'altro, lamenta il rischio di un appannamento di istanze di proporzione sanzionatoria per effetto di una ricostruzione unitaria del tipo, capace di attrarre fatti di gravità anche molto diversa: un profilo problematico che, come già rilevato nel testo, può essere riscontrato pure nella disciplina italiana vigente.

[16] Sull'argomento, sempre più trattato dalla letteratura penalistica, ad esempio, G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, entrambi in *Criminalia*, 2013, rispettivamente pp. 95 ss. e 123 ss.; S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 158 ss.; E. Amati, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *disCrimen*, 3 giugno 2019; R. Cornelli, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2019, p. 128 ss.; M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra* lex *e* ius, Modena, Mucchi Editore, 2019; L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 1/2019, p. 79 ss.; G. Insolera, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019; S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, 2ª ed., Milano, Wolters Kluwer, 2020. Proprio con riferimento alla sentenza dell'Audiencia Provincial de Navarra, si veda la profonda riflessione di M.A. Presno Linera, *¿Son legítimas las sentencias juzgadas socialmente como injustas?*, in *Almacén de derecho*, 6 novembre 2018.

[17] In questo senso, B. Romano, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., p. 4 ss., in particolare p. 5.

struzione, infatti, la differenza di gravità tra le proposte fattispecie di «stupro» e di «abuso sessuale» (a cui si affiancherebbe quella di «molestie sessuali») non è incentrata sulla presenza o meno di violenza o minaccia, ma, semplicemente, sulla diversità degli atti sessuali posti in essere nei diversi casi.

La *pars destruens* del modello adottato nel nostro ordinamento, nei limitati spazi qui disponibili, può concludersi con un cenno alla casistica degli atti repentini e fugaci, che dimostra come la scelta di una fattispecie unica incentrata essenzialmente su violenza e minaccia riproponga gli stessi problemi di legalità pure nelle ipotesi di gravità più contenuta. Si tratta di quei casi in cui l'intrusione nella sfera sessuale altrui avviene in modo piuttosto insidioso, improvvisamente, e può persino cessare prima che venga accennata una reazione. La pressoché costante punizione *ex* art. 609-*bis* c.p. di questi comportamenti ha reso evidente, ancora una volta, l'appiattimento della violenza su ciò che di fatto si impone all'altra persona[18].

A ben vedere, non sembra fuori luogo un confronto con la problematica emersa rispetto allo schema generale della violenza privata di cui all'art. 610 c.p., in particolar modo nei casi di trattamento sanitario c.d. arbitrario, in cui la fisiologica condizione di incoscienza nella quale può trovarsi il paziente soggetto a un intervento chirurgico ha talvolta posto le condizioni per variazioni non concordate (e magari nemmeno prospettate) del trattamento sanitario. Come è noto, lì si è registrata un'autorevole presa di posizione delle Sezioni unite della Cassazione nel senso della necessaria valorizzazione della dignità autonoma di ogni elemento costitutivo dell'illecito[19].

Le diverse soluzioni a cui perviene la giurisprudenza italiana in

---

[18] Tra i contributi dedicati interamente al tema specifico, G. Francolini, *Ai limiti della violenza sessuale: il dibattuto problema della rilevanza penale dei toccamenti repentini ed insidiosi*, in *Riv. pen.*, 2006, p. 716 ss.

[19] Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, (ad esempio) in *Cass. pen.*, 2009, p. 1793 ss., con commento di F. Viganò, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*, p. 1811 ss., in particolare p. 1813 ss. Sulla stessa sentenza, si vedano anche le note di G. Fiandaca, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, II, c. 306 ss.; S. Tordini Cagli, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1060 ss., in particolare p. 1067.

tema di violenza sessuale, più che potersi giustificare in ragione della differenza tra stato di incoscienza del soggetto passivo e repentinità dell'atto – in entrambi i casi il soggetto è esposto all'iniziativa altrui – sembrano piuttosto orientate da logiche di diritto penale d'autore: al giudicando *sex offender*, in quanto tipo di autore odioso, si riservano forzature in termini di legalità che il sanitario, il quale di base svolge una funzione fondamentale per la società, si ritiene non meriti.

3. *Quale modello di incriminazione basato sul consenso? Le principali alternative: «no means no»; «(only) yes means yes»*

Una volta percepita la necessità di superare il modello coercitivo a forma vincolata che caratterizza la disciplina italiana della violenza sessuale, si pone immediatamente la scelta dello specifico approccio per valorizzare il profilo del consenso della persona coinvolta nel compimento degli atti sessuali.

Il dibattito internazionale, recentemente intensificato dall'emergere di casi come quello del produttore di Hollywood Harvey Weinstein, alla base del più che noto «#MeToo-movement»[20], sta evidenziando come vi siano essenzialmente due alternative per punire gli atti sessuali indesiderati. Assumendo come punto di riferimento il consenso, si può individuare, in primo luogo, un modello, in una certa accezione, "negativo", che cioè subordina la punibilità al manifestarsi di un dissenso. L'alternativa è quella di ricorrere a un modello definibile "positivo", per il quale l'approccio sessuale può svilupparsi soltanto in presenza di una espressione di consenso; si parla, al riguardo, di «affirmative consent», che rende quindi non adeguata la presunzione del consenso stesso.

Anche per la loro universale intellegibilità nonché per la loro efficacia semantica, è bene richiamare le espressioni impiegate nella lingua inglese per descrivere sinteticamente i modelli appena ac-

[20] Per i riflessi sul diritto penale, per tutti, T. Hörnle, *#MeToo - Implications for Criminal Law?*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, p. 115 ss., in particolare p. 122 ss.

cennati: «no means no»; «yes means yes», anche se per quest'ultimo sembra più fedele la versione per cui «(only) yes means yes», che meglio rende l'idea dell'imprescindibilità di una manifestazione di consenso quale condizione per la liceità del fatto[21].

Una messa a fuoco delle differenze tra le due alternative può qui essere sviluppata soltanto per cenni e in termini funzionali a comprendere se si tratti, in ogni caso, di configurare una responsabilità dolosa oppure se, al contrario, l'imputazione colposa abbia margini per apparire plausibile in termini di politica criminale.

Il modello «no means no» rappresenta certamente un allontanamento rispetto alla tradizione delle legislazioni basate sulla violenza e la minaccia, ma fa comunque dipendere il reato sessuale da una sorta di resistenza, di opposizione della persona coinvolta: la differenza essenziale è che, secondo il modello «no means no», può ordinariamente – sono contemplate giustamente eccezioni per casi in cui la volontà è significativamente viziata – bastare una semplice opposizione verbale[22].

Il modello «(only) yes means yes» è quello più radicale e richiede sempre la manifestazione del consenso, non necessariamente attraverso parole, ma comunque in modo esplicito. Anche secondo questo modello, ci sono comunque dei casi di consenso viziato: in quei casi, «yes means no».

Negli Stati Uniti d'America, il modello basato su un «affirmative consent» ha avuto significative adesioni anche prima dell'affermarsi del #MeToo-movement, in particolare nel contesto universitario: ad

---

[21] Per questa scelta terminologica, ad esempio, T. Hörnle, *#MeToo - Implications for Criminal Law?*, cit., p. 129 ss.

[22] Nella prospettiva del modello "negativo" contemporaneo, il dissenso, in qualsiasi forma espresso, viene quindi preso sul serio e inteso sempre meno quale possibile forma di pudicizia imposta dal costume sociale per celare un desiderio erotico corrisposto. Conseguenza di ciò è che nessuna forma e nessun grado di violenza possono essere ordinariamente tollerati. Si va opportunamente sempre più lontano da quelle arcaiche e sessiste "logiche" riassunte con espressioni come *vis grata puellae* – in argomento, si veda, ad esempio, A. Cadoppi, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609*-bis *c.p.)*, cit., p. 13 – e, nell'area di *common law*, «"earnest resistance" or even resistance "to the utmost"» (cioè seria o, addirittura, massima resistenza): S.J. Schulhofer, *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of the Law*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1998, pp. 19 e 20.

esempio, in California, nel 2014, sono state introdotte regole specifiche relative ai campus[23].

Guardando alle riforme approvate in Europa più di recente, una disciplina che può essere senz'altro richiamata è quella tedesca risalente al 2016, che è stata incentrata sul consenso – una soluzione piuttosto innovativa rispetto all'intera area di *civil law* – e ha eliminato dalla fattispecie base del § 177 il riferimento a violenza e minaccia, le quali oggi non sono più, quindi, requisiti essenziali della responsabilità penale, ma solo fattori di aumento di pena (5)[24]. Ciò che conta è che vengano compiuti atti sessuali «contro la volontà riconoscibile di un'altra persona» («gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person»).

Si è dunque accolto come modello di base quello per cui «no

---

[23] In argomento, per un quadro piuttosto recente, E. Gerstmann, *Campus Sexual Assault. Constitutional Rights and Fundamental Fairness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, in particolare, p. 141 ss., ove si tratta più da vicino il modello dell'«affirmative consent». Si veda anche, per un continuo aggiornamento, la sezione «the laws» del sito *https://endrapeoncampus.org*.

Alla base di questa particolare sensibilità rispetto agli ambienti universitari, oltre a dati statistici obiettivamente significativi – si veda un'analisi pubblicata dall'Association of American Universities il 3 settembre 2015: *AAU Climate Survey on Sexual Assault and Sexual Misconduct (2015)*, in *www.aau.edu* – vi sono senz'altro vicende giudiziarie come il caso statunitense *Berkowitz*, ambientato in un campus della Pennsylvania. L'imputato fu inizialmente condannato per *rape*, avendo praticamente costretto una ragazza a subire atti sessuali indesiderati, ma seguì un giudizio di segno diverso (con l'esclusione della responsabilità per *rape*), basato sul fatto che la vittima, la quale aveva dissentito verbalmente ma non aveva opposto alcun tipo di resistenza fisica, non fosse stata raggiunta da pressioni di natura violenta o minacciosa: in altre parole, fu ritenuta assente la necessaria «forcible compulsion». Per un approfondimento di questo caso, J. Dressler, S.P. Garvey, *Criminal Law. Cases and Materials*, 7th ed., Saint Paul, West Academic Publishing, 2016, p. 454 ss.

[24] Per F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e "tolleranza zero" verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2016, p. 27, le varie ipotesi tipizzate nel testo sarebbero «figure criminose aggravate (autonomamente, non prevedendo lo *StGB*, a differenza del Codice Rocco, il delitto circostanziato)». Non passa comunque inosservata la terminologia impiegata da T. Hörnle, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, in *German Law Journal*, 2017, p. 1324, che parla di «aggravating circumstances». Per un commento aggiornato, si veda anche J. Eisele, § 177, in *Schönke/Schröder Strafrechtgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., München, Beck, 2019, p. 1792 ss.

means no» (qui «Nein heißt Nein»), come conferma la dottrina tedesca[25], mentre in casi eccezionali un assenso verbale o comunque esplicito – qui si riconoscono i tratti del diverso modello «(only) yes means yes» – è necessario, in particolare quando la persona coinvolta dagli atti sessuali sia considerevolmente limitata nella formazione o nell'espressione della volontà a causa del suo stato fisico o mentale: così il § 177 (2) 2. La punizione è inoltre garantita, per effetto del § 177 (2) 1., nei casi in cui il soggetto destinatario delle "attenzioni" sessuali dell'agente non sia in grado di maturare la propria contrarietà o di esprimerla. L'obiettivo evidente è quello di evitare che vi siano degli sfruttamenti delle possibili condizioni di vulnerabilità altrui.

Se è vero che la casistica degli atti sessuali repentini è difficilmente rapportabile a entrambi i modelli, in quanto si pone radicalmente al di fuori delle logiche comunicative degli stessi, pare opportuna, in linea di principio, la soluzione del sistema tedesco, che li punisce più o meno espressamente in via autonoma: il §177 (2) 3. si riferisce alle ipotesi in cui l'autore del fatto specula sull'agire di sorpresa («der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt»), sembrando ricomprendere anche casi di maggiore gravità (atti sì repentini, ma di offensività più significativa rispetto a quelli meramente fugaci), giustificandosi forse così la parificazione sanzionatoria di partenza rispetto alle ipotesi ordinarie[26].

Si aggiunge, qui, per inciso, che l'introduzione di un'analoga fattispecie *ad hoc* nel nostro ordinamento dovrebbe essere congegnata in modo da applicarsi più che altro laddove sia, nella sostanza, presumibile il dissenso altrui, tenendo così conto di fattori come l'eventuale relazione intima (in corso) tra i soggetti coinvolti. Altrimenti, il rischio è che la tipicità del fatto si configuri pure in casi privi di reali esigenze protettive, lasciando al diritto penale il controverso compito di perseguire un'ambizione spiccatamente educativa, a prescindere e persino contro la volontà della supposta persona offesa, cosicché l'unica via d'uscita potrebbe essere la carenza del cri-

[25] T. Hörnle, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, cit., già a p. 1310.

[26] Nella dottrina italiana, diffusi riferimenti a queste ipotesi in F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, cit., a partire da p. 3.

terio di imputazione colpevole: un livello di selezione probabilmente troppo "tardo" nella sequenza logica degli elementi del reato, considerato anche il difficile raccordo con la scriminante del consenso dell'avente diritto, in quanto il consenso avrebbe comunque un ruolo essenziale già nell'economia dello stesso fatto tipico.

Pare interessante notare come la riforma d'oltralpe sia stata stimolata da due fattori in particolare: da un lato, la pressione di organizzazioni non governative e movimenti femministi; dall'altro lato, la necessità di dare attuazione alla Convenzione europea di Istanbul del 2011, che all'art. 36 indica agli Stati di incentrare la tutela della libertà sessuale sull'elemento del consenso della persona coinvolta[27]. La Convenzione di Istanbul è stata ratificata anche dall'Italia con la l. 27 giugno 2013, n. 77, ma senza analoghe conseguenze per il momento.

Nel 2018, anche la Svezia (con norme entrate in vigore il 1° luglio dello stesso anno) e l'Islanda (legge 5 aprile 2018, n. 16) hanno modificato la propria disciplina e un ruolo fondamentale è giocato anche qui dal consenso.

Nel testo codicistico svedese, nel *kapitel* 6, § 1, si punisce ora a titolo di stupro la realizzazione di un rapporto sessuale (o il compimento di atti sessuali di offensività comparabile) con una persona che non partecipa «volontariamente» («frivilligt»). La norma precisa che, nel valutare se una partecipazione sia volontaria o meno, occorre prestare particolare attenzione al fatto che il consenso sia stato espresso attraverso parole, azioni o in altro modo. Sono poi elencate delle ipotesi in cui deve ritenersi esclusa la partecipazione volontaria.

La altrettanto recente disciplina islandese ridisegna l'art. 194 del testo codicistico e incentra la tipicità sulla commissione di atti senza il consenso, precisando che il consenso è da considerarsi presente se espresso con «libera volontà» («frjálsum vilja»). Anche qui non mancano le ipotesi considerate in ogni caso non consensuali.

In entrambe queste riforme del 2018, l'apposizione dell'accento non solo sul consenso ma sulla sua espressione potrebbe rappresen-

[27] T. Hörnle, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, cit., p. 1314.

tare il segnale di un accoglimento del modello basato sull'*affirmative consent*, ma non si è mancato di rilevare qualche margine di ambiguità di tali discipline[28].

La matrice delle recenti riforme basate sul consenso, al di là dei dettagli, sembra risalire a politiche criminali sviluppate in aree di *common law*. Rimanendo al contesto europeo, emblematica è la soluzione del *Sexual Offences Act* britannico del 2003, che nelle *sections* da 1 a 4, sancisce che sussiste il fatto, rispettivamente, di «Rape», di «Assault by penetration», di «Sexual assault» e di «Causing a person to engage in sexual activity without consent», quando la persona coinvolta nel compimento degli atti sessuali «does not consent», cioè «non acconsente». Richiedendosi che il soggetto acconsenta, potrebbe pensarsi alla necessità di un *affirmative consent*, ma la *section* 74 dello stesso corpo normativo, concepita con ruolo definitorio, sfuma sui connotati espressivi del consenso, concentrandosi più che altro sulla libertà dello stesso: «a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice»[29].

Nel documento dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale presentato al Convegno nazionale di Torino del 9 novembre 2018, si riconosce che la tendenza internazionale è quella di incentrare la punizione dei *sex offender* sull'elemento del consenso[30]

---

[28] T. Hörnle, *#MeToo - Implications for Criminal Law?*, cit., pp. 128 e 129, che riconosce, però, come la riforma svedese, al pari di quella tedesca, renda particolarmente importante l'aspetto comunicativo.

[29] Completa il quadro un catalogo di presunzioni sul consenso e sulla sua percezione, con onere probatorio ampiamente accollato all'imputato (*sections* 75 e 76). Uno sguardo d'insieme alle diverse disposizioni rivela di essere in presenza di una disciplina tra le più complesse e anche per questo non facilmente etichettabile, se non per il suo generale incentrarsi sul consenso. Al riguardo, si veda J. Herring, *Criminal Law*, cit., p. 127, che sintetizza in questi termini: «The Sexual Offences Act has attempted to clarify the law on the meaning of consent, but the law is still very complex». L'impressione è confermata consultando l'ampia trattazione casistica sull'«assenza del consenso» e le relative presunzioni di P. Rook, R. Ward, *Sexual Offences. Law & Practice*, 5th ed., London, Sweet & Maxwell, 2016, pp. 73 ss., 117 ss. e (quanto al ragionevole convincimento sul consenso) 163 ss.

[30] In Europa, si pone in termini diversi la disciplina francese, che, nonostante sia stata modificata di recente, tramite la l. 3 agosto 2018, n. 703, che ha inciso proprio sul fatto tipico di stupro («viol»: articolo 222-23 c.p.), non ha colto l'occasione per eliminare i riferimenti alle note coercitive del fatto, limitandosi ad allargare la

e che pure la normativa italiana dovrebbe andare in quella direzione, anche se non ci si sofferma nel dettaglio sulla alternativa tra i due modelli sopra considerati[31]. Guardando alla disciplina penale oggi vigente nel nostro ordinamento, seppur con una certa approssimazione, si può notare come il modello "negativo" sia stato impiegato nel contesto del delitto di violazione di domicilio (art. 614 c.p., commi 1 e 2: il soggetto attivo realizza il reato quando compie il fatto «contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo»; «contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo»), mentre, quello "positivo" sembra essere stato posto alla base della recente tipizzazione della fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 612-*ter* c.p. («Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti»; tale comma 1 si configura quando il fatto è commesso «senza il consenso delle persone rappresentate»)[32].

Tra gli aspetti più problematici di una disciplina incentrata sul consenso, vi è senz'altro la possibilità che anche una manifestazione di volontà, persino qualora del tutto esplicita, non sia ciò che appare: sono quei casi in cui si è portati a dire che «yes means no».

---

tipicità della fattispecie, che ora si riferisce non solo al compimento di atti sessuali sulla vittima, ma anche all'imposizione alla stessa del compimento di atti sessuali sulla persona dell'autore. Per un aggiornato quadro della criminalità sessuale in Francia, in una prospettiva giuridica e sociologica, V. Le Goaziou, *Viol. Que fait la justice?*, Paris, Sciences Po, 2019.

[31] *Verso la riforma dei reati sessuali*. *Parte I: I reati* stricto sensu *sessuali*, cit., pp. 7 e 8. Tra i contributi individuali dei partecipanti al gruppo di lavoro dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale sul tema, G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sist. pen.*, 3 marzo 2020, p. 2, che ribadisce l'opinione per cui sarebbe «più equilibrato, e rispondente a complessive istanze di razionalità sistematiche e di tutela, ritenere il fatto integrato dalla sola assenza di un valido consenso, non necessariamente esplicito, evidentemente, ma comunque attuale e riconoscibile». In senso analogo, ancorché in termini problematici, M. Papa, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali*, cit., pp. 219 e 220, il quale sembra prendere in considerazione più che altro il modello «(only) yes means yes», osservando che «incentrare i reati sessuali sulla mancanza del consenso è comunque una scelta molto impegnativa, che in un certo senso torna a considerare l'attività sessuale come attività in sé stessa illecita, a meno che non vi sia il previo e valido consenso».

[32] Nel contesto di una trattazione di ampio respiro sul recente art. 612-*ter* c.p., richiama proprio quelle due fattispecie al fine di evidenziare le differenze di approccio nella tipizzazione di un reato incentrato su profili di consenso, G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet, cit., pp. 2076 e 2077.

Il «#MeToo-movement» ha acceso i riflettori sugli "abusi di potere" che non di rado si verificano negli ambienti lavorativi e che insegnano come l'accondiscendenza possa ben essere correlata alla possibilità, magari rimasta solo implicita, di condizionare, in positivo come in negativo, il percorso professionale. In questa casistica, le storie finora considerate dalla cronaca sembrano dimostrare che le differenze d'accento possono essere talmente tante e così rilevanti da rendere assai difficile l'individuazione di criteri risolutivi preconfezionati. Ci si può giusto limitare a osservare che più il consenso è influenzato dalla prospettiva di evitare un danno ingiusto in un quadro di sopraffazione (e non meramente utilitaristico), più ci si avvicina al modello della minaccia così come inteso anche nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione[33]; in misura cor-

[33] È questa, pur con rilevanti precisazioni alla luce delle particolarità che la casistica può presentare, la prospettiva della nota pronuncia delle Sezioni unite sulla distinzione tra concussione e induzione indebita *ex* art. 319-*quater* c.p.: Cass. pen., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, (ad esempio) in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014, con commento G.L. Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, di cui si veda anche, per una più diffusa illustrazione del concetto di minaccia da cui le Sezioni unite prendono evidentemente spunto, Id., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, Aracne, 2013, in particolare pp. 149 ss. e 211 ss.

Sempre in merito alle relazioni sessuali collegate al luogo di lavoro, alcune grosse compagnie hanno adottato politiche aziendali molto restrittive, che in alcuni casi possono giustificare persino la sanzione di comportamenti che non sono molesti: nel novembre del 2019, il CEO di McDonald's è stato licenziato a causa di una relazione consensuale con una dipendente («consensual relationship with an employee»): *https://edition.cnn.com/2019/11/03/business/mcdonalds-ceo-steve-easterbrook-steps-down/index.html*.

Oltre a una policy aziendale che considera «sexual harassment» un'ampia lista di comportamenti e che responsabilizza particolarmente i soggetti con responsabilità direttive – «If you supervise or manage people, you must set a positive example by ensuring your conduct, including your employment decisions and workplace behaviors are free from discrimination and harassment» (*https://corporate.mcdonalds.com/content/dam/gwscorp/scale-for-good/GP_Harassmentpolicy_0119_v3.pdf*, p. 2) – la multinazionale ha attivato anche un sito internet per esplicitare la propria campagna contro le molestie sul luogo di lavoro e questo sito riprende, non causalmente, le parole chiave del «#MeToo-movement»: *https://metoomcdonalds.org*.

Il caso del CEO di McDonald's è forse un chiaro esempio dei possibili effetti collaterali del «#MeToo-movement», perché non manca il rischio che venga affermato il principio per cui una relazione sessuale tra persone che frequentano lo stesso ambiente lavorativo ma sono in posizione gerarchica diversa sia non solo un caso

rispondente, allora, il ricorso all'incriminazione si rende plausibile.

Altre logiche, evidentemente, orientano la soluzione di casi come quelli in cui la persona coinvolta nel compimento degli atti sessuali sia in condizioni di scarsa lucidità per aver assunto sostanze alcoliche o stupefacenti oppure presenti un *deficit* intellettivo.

Nei repertori di giurisprudenza italiana si trovano recenti massime che, se prese alla lettera, rischiano di ridurre significativamente la libertà sessuale "positiva"[34] dei soggetti coinvolti quando almeno uno di questi si trovi in condizioni di ubriachezza: «In tema di violenza sessuale, posta l'annoverabilità dello stato di ubriachezza tra le condizioni di "inferiorità fisica o psichica" previste dall'art. 609 bis, comma 2, n. 1, c.p. e la conseguente invalidità del consenso eventualmente prestato da chi si trovi in detto stato (pur quando derivante da volontaria assunzione di alcolici) al compimento di atti sessuali, deve ritenersi che risponda del reato in questione il soggetto che, avendo cognizione dello stato di ubriachezza in cui si trova la persona offesa, la induca, abusando di tale stato, a compiere o a subire taluno di detti atti»[35].

Al riguardo, sembrano condivisibili quelle discipline e quelle posizioni dottrinali più possibiliste sull'adeguatezza (riconosciuta anche dall'attuale normativa tedesca) di un *affirmative consent* nei casi di handicap e di ubriachezza[36]. Come spesso, anche in questo caso, ap-

---

inopportuno – e, a ben vedere, può naturalmente non essere nemmeno tale – ma, necessariamente, anche un caso di consenso viziato. Il licenziamento non è formalmente una sanzione criminale e si basa su una violazione contrattuale, ma il rischio è che, nondimeno, si promuovano modelli presuntivi riguardo al consenso che anche il diritto (e il processo) penale potrebbe usare nei casi dubbi.

[34] Sul punto, si veda, ad esempio, A. Cadoppi, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-*bis *c.p.)*, cit., pp. 9 e 10, che distingue tra libertà sessuale «in senso positivo» e «in senso negativo», in termini sostanzialmente corrispondenti alla distinzione giusfilosofica più generale tra «libertà positiva» (o «libertà di»; «freedom to») e «libertà negativa» (o «libertà da»; «freedom from»), su cui, per tutti, N. Bobbio, voce *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Treccani, 1978, (ora) in *www.treccani.it*. Nella giurisprudenza costituzionale, riprende il concetto la già citata sentenza n. 141 del 2019, che mette in relazione la «libertà di» con gli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.: «Il costituzionalismo contemporaneo è, del resto, ispirato all'idea che l'ordinamento non deve limitarsi a garantire i diritti costituzionali ma deve adoprarsi per il loro sviluppo. Di qui una concezione dell'individuo come persona cui spetta una "libertà di" e non soltanto una "libertà da"» (punto 5.1. del «Considerato in diritto»).

[35] Cass. pen., Sez. III, 17 gennaio 2018, n. 38863, in *DeJure*.

[36] In questo senso, pronunciandosi sulla disciplina tedesca, T. Hörnle, *#MeToo - Implications for Criminal Law?*, cit., p. 131.

procci troppo drastici non sembrano condurre a soluzioni ragionevoli.

Quantomeno in una prospettiva *de iure condendo*, sembra opportuno considerare l'eventuale presenza di una strumentalizzazione, da parte dell'agente, della condizione di debolezza altrui, ma anche ricorrendo tale condizione non sembra da sottovalutare l'effettivo grado di capacità residua di esprimere un consenso che possa ancora definirsi tale e che potrebbe bilanciare la malizia e il cinismo dell'altra persona, la quale, peraltro, potrebbe anch'essa trovarsi in condizioni di alterazione, come può ben accadere: per intendersi, si pensi alla tutt'altro che rara assunzione comune di alcolici in un locale notturno, che, se anche fosse finalizzata a far allentare i freni inibitori dell'altra persona per poter così più facilmente allacciare con lei un contatto intimo, non dovrebbe automaticamente (cioè almeno fino a un certo livello di ubriachezza) comportare una radicale privazione della facoltà di autodeterminazione. Se è chiaro che tracciare una linea di confine è complesso, non va trascurato che una preclusione grossolana potrebbe persino penalizzare indebitamente la libertà sessuale "positiva" di quei soggetti che invece si vogliono tutelare[37]. Per questo, soprattutto guardando alle ipotesi di occasionale alterazione da alcolici o stupefacenti, si potrebbe almeno pensare a una procedibilità a querela.

Gli aspetti appena considerati fanno emergere alcune delle difficoltà di tipizzazione dell'illecito facendo perno sulla volontà della persona coinvolta nel compimento di atti sessuali. Si tratta, a ben vedere, di questioni che rilevano già sul piano della tipicità – dell'*actus reus* nella prospettiva di *common law* – e che qui non sono ancora state vagliate accuratamente alla luce dei pertinenti profili di colpevolezza. L'approccio prescelto poggia semplicemente su ragioni di

[37] Coglie appieno le difficoltà a cui ci si riferisce nel testo, M. Papa, *Quando c'è l'ebrezza il consenso della vittima è sempre anomalo: i limiti delle nostre leggi*, in *www.repubblica.it*, 15 settembre 2017: «Una soluzione è quella di attribuire alla persona ubriaca lo stesso status del bambino, considerandola sessualmente intangibile. Al pari del pedofilo, chi la tocca è punito automaticamente. Questa soluzione assicura massima protezione alle potenziali vittime. Ma elimina radicalmente la libertà di dire sì: anche al partner abituale la sera di Capodanno; come Ulisse con le sirene, la persona che beve è legata al palo: per il suo bene, si dice. È però una soluzione eccessiva e non priva di venature paternalistiche. Bisognerebbe rafforzare la tutela della persona ubriaca, senza tuttavia privarla totalmente della capacità di decidere ed evitando di sancire un irrealistico monopolio del sesso sobrio».

convenienza espositiva e non implica, ovviamente, che si debba pensare ai due livelli in termini completamente disgiunti, essendo più che evidenti le interrelazioni, sia sul piano sostanziale che probatorio. È così che, per avere una migliore visione di insieme, sembra opportuno tenere ora in sospeso il giudizio sui due modelli alternativi di valorizzazione del consenso, per arrivare a prendere posizione contestualmente all'analisi dei problemi di imputazione colpevole.

4. *Sarebbe opportuno punire un errore colposo sul consenso? La convergenza di alcune indicazioni comparatistiche in favore della colpa grave*

Con riferimento a una disciplina come quella italiana sulla violenza sessuale, la questione dell'imputazione colposa dell'imposizione alla persona offesa di atti sessuali indesiderati è stata comprensibilmente trascurata, non solo in ragione della formale constatazione per cui attualmente sarebbe *contra legem*, ma anche perché violenza e minaccia sono condotte che si abbinano difficilmente a una colpevolezza diversa da quella dolosa: esse sono particolarmente evocative di un dolo che permea di sé il fatto tipico.

Nella prospettiva di pervenire a una nuova disciplina incentrata sul consenso, il quadro potrebbe però cambiare. Spogliando la fattispecie di violenza e minaccia, il problema della percezione della volontà altrui da parte dell'agente potrebbe risolversi, almeno in astratto, pensando anche all'imputazione colposa: quantomeno, si può dire che tale soluzione non incontrerebbe più ostacoli di carattere logico[38]. Diventerebbe allora più che altro un problema di poli-

[38] Nella dottrina italiana, si veda A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 540, che nota: «Non a caso il profilo dell'errore sul consenso si è manifestato con particolare rilievo pratico in quegli ordinamenti in cui i requisiti della violenza o della minaccia sono stati eliminati. In tali sistemi, il problema si è spostato sul versante soggettivo, sul piano, appunto, dell'errore sul consenso». Pur senza menzionare esplicitamente la colpa, l'Autore dà comunque conto del fatto che «in certi ordinamenti si è posto il problema se tale errore dovesse essere "ragionevole" per scusare».

tica criminale, che ci si accinge qui ad affrontare.

Che non si tratti di uno scenario del tutto astratto è dimostrato da uno sguardo comparatistico, che indica che, quantomeno nell'area di *common law*, un'apertura alla responsabilità sostanzialmente colposa è non di rado prevista dalle discipline di settore o introdotta in via giurisprudenziale.

Si consideri, ad esempio, ancora il *Sexual Offences Act* britannico del 2003. Nelle già menzionate *sections* da 1 a 4, non è solo previsto che la responsabilità penale operi se la persona coinvolta «does not consent»; ulteriore condizione è che «A [l'agente] does not reasonably believe that B [la vittima] consents».

La dottrina britannica[39] testimonia che la regola è stata introdotta per evitare che si ripetessero giudizi ritenuti da molti insoddisfacenti come quello della House of Lords del 1975 nel noto caso *Morgan*[40]. In tal caso, si era affermata la seguente regola: l'imputato per *rape* non deve essere condannato in presenza di un genuino convincimento («honest belief») sul consenso altrui, a prescindere dalla ragionevolezza di tale punto di vista. La questione qui si poneva perché il *Royal Air Force Lieutenant* Morgan aveva invitato alcuni colleghi a casa propria affinché consumassero rapporti sessuali con sua moglie, prospettando loro – così, almeno, è stato sostenuto dagli stessi uomini – che la donna si sarebbe opposta – e così fu – ma non perché non fosse davvero consenziente ma perché coltivava fantasie sullo stupro. La pronuncia della House of Lords ha comportato un cambiamento di prospettiva rispetto alla regola di *common law* valida fino a quel momento – per cui era necessario un convincimento effettivo ma anche ragionevole («an honest and reasonable belief») sul consenso altrui – e che aveva determinato la condanna in primo

[39] Ad esempio, K. Stevenson, A. Davies, M. Gunn, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 22 ss.

[40] House of Lords, 30 aprile 1975, [1975] UKHL 3; [1976] AC 182, in *www.bailii.org*. Dopo la sentenza della House of Lords, ma prima della riforma del 2003, si veda D.F. Alexander, *Twenty Years of Morgan: A Criticism of the Subjectivist View of Mens Rea and Rape in Great Britain*, in *Pace International Law Review*, 1995, p. 207 ss., che dà conto sia di casi precedenti – notando però, in essi, l'attribuzione di scarsa importanza ai profili di colpevolezza («Before the court's decision in Morgan, there was no established case law regarding the issue of mens rea in rape»: p. 211) – che degli sviluppi successivi.

grado degli imputati.

Taluno non ha mancato di sottolineare come la scelta legislativa attuale abbia evitato l'accertamento che normalmente si compie nelle ipotesi colpose, cioè il «reasonable man test», perché, a ben vedere, non si farebbe astrazione dalle caratteristiche dell'agente specifico, essendo attribuita esplicita rilevanza a tutte le circostanze del caso concreto[41]. In ognuna delle disposizioni sopra citate del *Sexual Offences Act*, subito dopo la descrizione dell'illecito vi è appunto la seguente precisazione: «Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents».

Autorevolmente, si è ritenuto comunque possibile riconoscere la natura colposa di una simile imputazione: «Absence of reasonable belief postulates an objective test, so that liability is based on negligence»[42]. In effetti, a prescindere dagli spesso fuorvianti aggettivi «oggettivo» e «soggettivo», il fatto che il giudizio sia arricchito anche dalle caratteristiche dell'agente concreto non può che avvicinarlo ancora di più alla colpa che non alla responsabilità oggettiva, almeno secondo il punto di vista del giurista di *civil law* contemporaneo, che concepisce sempre più la responsabilità colposa in termini individualizzati.

Guardando oltre oceano, una certa assonanza rispetto alla disciplina britannica si può riscontrare nell'assetto normativo del Canada, che prevede una regola simile in tema di errore sul consenso: tale errore può escludere la punibilità, ma non se il soggetto agente non ha adottato le misure ragionevoli per verificare il consenso altrui: «did not take reasonable steps […] to ascertain that the complainant was consenting» (*section* 273.2)[43].

La frammentata disciplina statunitense suggerisce di non entrare nei dettagli delle varie soluzioni[44], ma, piuttosto, di dare conto

---

[41] In questo senso, ad esempio, P. Rook, R. Ward, *Sexual Offences*, cit., in particolare, p. 163.

[42] R. Card, A.A. Gillespie, M. Hirst, *Sexual Offences*, Bristol, Jordans, 2008, p. 32.

[43] In argomento, si veda, ad esempio, K. Roach, *Criminal Law*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2018, p. 484 ss., in particolare p. 490 ss.

[44] Va giusto segnalata la peculiarità dello Stato più popoloso e certamente tra i più significativi sotto molti punti di vista, cioè la California, che nel suo *penal code*

del fatto che la dottrina ha riscontrato nella maggior parte degli Stati il ricorso, quantomeno in via giurisprudenziale, (pure) a un'imputazione sostanzialmente colposa[45], anche se il quadro potrebbe mutare a breve alla luce di un significativo percorso di riforma dei reati sessuali del *Model Penal Code* intrapreso negli ultimi anni[46].

---

prevede un criterio di imputazione sostanzialmente colposo con riferimento più che altro alla capacità altrui di esprimere il consenso: così, ad esempio, già nella *section* 261 (1), dove la responsabilità per *rape* viene configurata (anche) nei casi in cui «a person is incapable, because of a mental disorder or developmental or physical disability, of giving legal consent, and this is known or reasonably should be known to the person committing the act».

[45] Si vedano, ad esempio, H.F. Fradella, C. Fahmy, *Rape and Related Offenses*, in H.F. Fradella, J.M. Sumner (ed.), *Sex, Sexuality, Law, and (In)Justice*, New York, Routledge, 2016, p. 150: «To avoid the problems with a subjective approach to the *mens rea* for rape, many U.S. states – indeed the majority of them – have opted for a negligence standard».

Si veda, inoltre, A.E. Taslitz, *Willfully Blinded: On Date Rape and Self-Deception*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, 2005, p. 381 ss. e, in particolare, p. 384 («Negligence is the mens rea requirement for rape liability imposed by the majority of American jurisdictions since the mid-1970s»), nonché p. 446, dove si conclude nel senso che un'imputazione sostanzialmente colposa (basata su canoni di ragionevolezza) rispetto all'elemento del consenso della persona con cui si compiono atti sessuali potrebbe rappresentare un'adeguata risposta almeno per la casistica di «self-deception», cioè, letteralmente, di «auto-inganno» (meglio descritto a p. 382: «Self-deception occurs when the alleged rapist consciously, but incorrectly, believes that he has the woman's consent when, at some less-than-fully conscious level, he knows otherwise») rispetto all'effettività del consenso altrui, in particolare da parte dell'uomo nei confronti della donna: «male self-deception». In tali situazioni – l'articolo si concentra, in particolare, sulla vicenda che coinvolse il famoso giocatore di pallacanestro Kobe Bryant, sospettato dello stupro della dipendente di un albergo del Colorado nel 2003 – l'Autore ravvisa peraltro una maggior riprovevolezza rispetto ai casi ordinari di *criminal negligence* (che, in quel sistema giuridico, è comunque già una colpa di grado elevato: sul punto già nelle p. 423 ss.) e che potrebbe rendere in qualche modo plausibili – così ritiene – le severe risposte sanzionatorie previste nel contesto dei reati sessuali.

[46] Nella dottrina penalistica statunitense, uno dei maggiori punti di riferimento della spinta riformatrice volta a valorizzare l'autonomia sessuale e, quindi, discipline incentrate sul consenso è l'opera di S.J. Schulhofer, *Unwanted Sex*, cit., p. 99 ss. e 274 ss.; più di recente, Id., *Reforming the Law of Rape*, in *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2017, p. 335 ss. Lo stesso Schulhofer è stato recentemente incaricato, insieme a un'altra studiosa della New York University School of Law, Erin Murphy, di promuovere una riforma della parte del *Model Penal Code* dedicata ai reati sessuali (cioè l'articolo 213, composto di varie *sections*) che sia finalmente al passo coi tempi, mettendo al centro l'elemento del consenso: per l'ultima versione pubblicata al momento in cui si scrive, The American Law Institute, *Model Penal Code: Sexual Assault and Related Offenses, Tentative Draft No.*

Andando nella direzione di elevare più esplicitamente a perno della disciplina modello il consenso, c'è da attendersi che gli Stati che ancora si basano su paradigmi vetusti come quello puramente coercitivo, un po' alla volta, si allineino alla prospettiva più moderna, peraltro sempre più *gender-neutral*. Dato che i lavori di riforma commissionati dall'*American Law Institute* sembrano individuare nella *recklessness* il criterio minimo di *mens rea*[47], anche gli Stati che già incentrano la propria disciplina sul consenso ma che sono oggi aperti a un'imputazione (anche) colposa potrebbero avvertire l'esigenza di adeguarsi. In quest'ultimo caso, però, agli occhi del giurista di *civil law*, non si tratterebbe affatto di cancellare del tutto la rilevanza penale di un comportamento colposo: continuerebbero a essere punite forme di colpa grave purché "coscienti", cioè accompagnate dalla consapevole trascuratezza di un rischio piuttosto significativo. Lo stesso *Model Penal Code*, infatti, definisce il grado di rischio alla base tanto della *negligence* quanto della *recklessness* come «a substantial and unjustifiable risk»: *section* 2.02 (2).

Nell'area di *civil law*, tra i Paesi che stanno pianificando rifor-

---

3 (April 6, 2017), Philadelphia, The American Law Institute, 2017. Nella manualistica recente, ne dà conto, ad esempio, J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, cit., pp. 573 e 574.

A livello federale, lo *United States Code*, prevede che i reati sessuali in esso disciplinati possano essere commessi «knowingly», cioè consapevolmente: *Title* 18, *sections* 2241 ss.

[47] È da ritenersi che la scelta, pur concertata con i numerosi partecipanti al gruppo di lavoro, sia autorevolmente influenzata dal *Project Reporter*, pronunciatosi in tal senso già in altre occasioni: risalendo indietro nel tempo, ad esempio, in S.J. Schulhofer, *Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and beyond*, in *Law and Philosophy*, 1992, p. 72, nota 95: «A separate question, that arises for any criminal prohibition, concerns liability in cases of mistake. Strict liability and negligence are arguably inappropriate standards of culpability in this context. But when the man knows that the woman means no (or is reckless about what she means), there is no legitimate reason to permit his conduct».

Sempre in una prospettiva di riforma, tra i vari contributi dottrinali, si distingue l'approccio "differenziato" di M.J. Duncan, *Sex Crimes and Sexual Miscues: The Need for a Clearer Line Between Forcible Rape and Nonconsensual Sex*, in *Wake Forest Law Review*, 2007, in particolare p. 1118 ss., la quale ritiene indispensabile quantomeno la r*ecklessness* per i casi più gravi, di *forcible rape*, mentre per i casi di *nonconsensual sex* (considerati dall'Autrice di rilevanza penale, ma degradabili anche a illecito civile) potrebbe essere adeguata anche un'imputazione per *negligence*.

me, come la Spagna, si possono individuare posizioni dottrinali schierate apertamente a favore dell'introduzione di una responsabilità colposa rispetto al mancato apprezzamento del carattere indesiderato degli atti sessuali[48].

Tra le riforme recentemente approvate, si può fare ancora una volta l'esempio di quella svedese del 2018. Nel § 1a e nel § 3 del *kapitel* 6 del testo codicistico, risulta esplicitamente menzionata la colpa grave («grovt oaktsam») come ulteriore criterio di imputazione relativo alla partecipazione volontaria della persona coinvolta[49]. Un indubbio pregio di questa soluzione, se non altro, è quello di aver dato rilevanza autonoma alle fattispecie colpose. Ciò, in generale, non è forse di per sé indispensabile, ma è importante l'implicazione di tale configurazione, perché il legislatore ha conseguentemente predisposto apposite cornici edittali tendenzialmente più tenui ri-

[48] Così, ad esempio, J.A. Lascuraín Sánchez, *¿Qué es una violación?*, in *Criminal Justice Network*, 2 ottobre 2018, nel paragrafo *¿Violación imprudente?*: (dopo aver dato conto che l'errore sul consenso escluderebbe, *de iure condito*, la punibilità) «Esto, la impunidad de los delitos sexuales con esta clase de imprudencia, es lo que creo que, como han propuesto varios autores, debe remediarse con tipos específicos de agresiones imprudentes y abusos imprudentes. No hacerlo nos está llevando a dos consecuencias, a cuál peor: o bien la impunidad de conductas altamente reprobables, o bien el intento judicial de evitar lo anterior negando el error donde no se ha probado el conocimiento: afirmando tal conciencia sin la certeza que exige la constitucionalmente sagrada presunción de inocencia».

[49] La disciplina sulla responsabilità colposa (in particolare il § 1a, che tipizza lo «stupro colposo», configurabile anche in casi di «gravità paragonabile al rapporto sessuale»; il § 3 è invece dedicato all'«abuso sessuale colposo», riservato, in via residuale, agli altri atti sessuali) ha peraltro già trovato applicazione in un caso passato al vaglio della Corte suprema svedese (Högsta domstolen, 11 luglio 2019, caso B 1200-19). Un uomo e una donna si erano incontrati per passare una serata insieme dopo aver avuto contatti solo via *social network*. I due avevano accettato di dormire nello stesso letto, ma la donna aveva espresso più volte segnali di "freddezza" circa la prospettiva di compiere atti sessuali. Nonostante ciò, l'uomo, a un certo punto, aveva inserito le proprie dita nella vagina della donna, registrando una reazione per lo più passiva di quest'ultima, che in ogni caso continuava a non dare segnali di volontaria partecipazione al compimento di atti sessuali. In primo grado e in appello, l'uomo era stato condannato per la versione sostanzialmente dolosa del reato di stupro, essendo stato ricostruito un approccio quantomeno di indifferenza sui profili di consenso della donna. La Corte suprema ha invece riqualificato il fatto, collocandolo nell'ambito applicativo della versione colposa, ravvisando sussistente un atteggiamento corrispondente alla colpa grave, che è appunto il criterio di imputazione introdotto con la riforma del 2018. Sul caso, si veda E. Hofverberg, *Sweden: Supreme Court Defines Negligent Rape*, in *Global Legal Monitor*, 17 luglio 2019.

spetto a quelle delle corrispondenti versioni dolose.

Arrivando a prendere posizione più esplicitamente sul quesito di fondo da cui è iniziato questo approfondimento, occorre innanzitutto esprimere delle riserve sulla possibilità di raggiungere un soddisfacente bilanciamento degli interessi in gioco associando l'imputazione colposa al modello che richiede un *affirmative consent*; ciò per diversi motivi, di seguito quantomeno accennati.

Come il modello «no means no», anche questo attribuisce un ruolo centrale a veri e propri profili comunicativi, ma la differenza è che configura una sorta di presunzione di dissenso di partenza, che può essere superata solo attraverso un accertamento preliminare delle intenzioni dell'altra persona: un vero e proprio obbligo cautelare sarebbe così imposto *ab initio*. Questo modo di concepire i rapporti umani a connotazione sessuale non sembra però pienamente aderente alla realtà e potrebbe spingere il diritto penale a colpire anche condotte dal disvalore quantomeno modesto, come si sta per dire.

Se l'"*iter*" implicitamente suggerito dal modello in esame può astrattamente apparire adeguato in termini di *bon ton*, già pensando concretamente ai primi "contatti" tra soggetti che, pur non essendo perfetti sconosciuti, non hanno particolare confidenza reciproca[50], sembra proporre una prospettiva un po' forzata e rispetto alla quale potrebbe risultare necessario ottenere un esplicito consenso persino e, anzi, a maggior ragione, per il "primo bacio". Beninteso: non si

[50] Si tratta di casi che nella dottrina di *common law* vengono ricondotti, nella prospettiva della loro possibile rilevanza penale, alla categoria della «date rape» (in cui l'accento è posto sulla conoscenza tra i due soggetti, infatti si ritiene che si tratti di una sottocategoria dell'«acquaintance rape», lo stupro tra conoscenti), su cui, ad esempio, A.E. Taslitz, *Willfully Blinded*, cit., in particolare p. 384 ss., riguardo ai rapporti tra tale casistica e la responsabilità colposa; inoltre, M.J. Duncan, *Sex Crimes and Sexual Miscues*, cit., p. 1087 ss. Nella dottrina italiana, si veda M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 51 ss. La categoria viene talvolta estesa fino a ricomprendere casi in cui il "corteggiatore" somministra alla vittima sostanze tali da farle perdere significativamente il controllo della situazione: allora si parla di «date rape drugs», che conferiscono però alla vicenda una connotazione difficilmente compatibile con la responsabilità colposa, perché, a ben vedere, tali pratiche vengono messe in atto proprio per aggirare il consenso altrui, evidentemente perché si sospetta che esso, in condizioni normali, non sarebbe presente.

vuole legittimare a ogni costo il bacio "rubato", ma è anche vero che dover necessariamente chiedere il permesso per scambiarselo, anche se non verbalmente – si lascia al lettore lo sforzo di immaginazione – potrebbe, in alcuni contesti, rovinare l'atmosfera che altrimenti lo renderebbe più "naturale" oppure rappresentare persino un ostacolo psicologico per persone timide.

Volendosi realmente differenziare da quello basato sulla manifestazione del dissenso – come i suoi sostenitori tengono in ogni occasione a ribadire, in alcuni casi parlando addirittura di «enthusiastic yes»[51] – il modello ora in considerazione potrebbe condurre all'assurdo di non concepire adeguato un lento e inequivoco avvicinamento al corpo dell'altra persona, che pure le consentirebbe di esprimersi. Di fronte a una dinamica del genere, si potrebbe arrivare a ritenere che la persona rimasta impassibile non abbia affermato il proprio consenso e che, quindi, a prescindere dal suo effettivo gradimento dell'iniziativa, sia integrata la tipicità del fatto. Evidente il cortocircuito per cui lo spettro della tutela penale verrebbe così ad affacciarsi persino contro la volontà della persona la cui libertà sessuale si dovrebbe proteggere[52].

---

[51] In argomento, ad esempio, M. Coy, L. Kelly, F. Vera-Gray, M. Garner, A. Kanyeredzi, *From 'no means no' to 'an enthusiastic yes': changing the discourse on sexual consent through Sex and Relationships Education*, in V. Sundaram, H. Saunders (ed.), *Global Perspectives and Debates on Sex and Relationships Education. Addressing Issues of Gender, Sexuality, Plurality and Power*, London, Palgrave Macmillan, 2016, p. 84 ss.

[52] A tale riguardo, non sembra da sottovalutare nemmeno la possibile configurazione del reato – così dovrebbe essere, a rigor di logica – anche nei casi di approccio azzardato ma a un certo punto (comunque *ex post*) "coperto" dal consenso della vittima. Come dovrebbe essere inquadrata questa "degradazione" del ravvisato disvalore iniziale? La domanda non sembra banale, perché potrebbero isolarsi normativamente due segmenti comportamentali: quello "scoperto" dal punto di vista del necessario consenso e quello successivo in cui gli atti sessuali sono consensuali. A ben vedere, lo stesso problema – uno analogo, invece, si è già affacciato in questa trattazione con riferimento ai fatti tipici di atti persecutori seguiti da ammonimento del questore e conseguente conformazione alla legge dell'agente – può porsi anche rispetto agli altri più comuni modelli di incriminazione, compreso persino quello coercitivo tradizionale, anche se forse in minor misura e comunque con più riserve.

Nella direzione – certo non l'unica possibile – di pervenire a un'esclusione della responsabilità penale, gli strumenti tecnici posso essere diversi: ad esempio, si potrebbe pensare a una causa di non punibilità sopravvenuta oppure, volendo la-

Tale proceduralizzazione delle dinamiche sessuali, di matrice radicalmente femminista[53], per quanto muova da intenti certamente comprensibili a fronte di una ancora eccessiva esposizione femminile ad abusi sessuali di varia natura, non riesce però a tradursi in regole ragionevoli, a maggior ragione rispetto alla ben possibile evoluzione dei rapporti sessuali, perché richiede sostanzialmente un aggiornamento (anch'esso in forma espressa) del consenso in occa-

---

sciare impregiudicata la punibilità, si potrebbe ipotizzare di "risolvere" la questione sul piano del regime di procedibilità, ma mettendo in conto il rischio di possibili strumentalizzazioni. In ogni caso, è dubitabile che un testo normativo prenda posizione su questa spinosa casistica, perché si esporrebbe probabilmente all'obiezione di calarsi in una prospettiva sessista, di riabilitazione implicita di paradigmi arcaici come quello (in realtà qui non del tutto pertinente) della *vis grata puellae*. Eppure il problema può ben fondatamente porsi e in dinamiche molto meno artificiose di quanto si possa magari pensare a prima vista: un esempio può essere quello della persona che, inizialmente, non acconsente all'approccio "tangibile" altrui, non per mancanza di attrazione reciproca, ma per l'impegno sentimentale con un'altra persona, finendo però per cedere alle *avances* e, da lì in poi, partecipando a tutti gli effetti al compimento di atti sessuali. In casi del genere, non sembra così pruriginoso riconoscere tanto la genuinità del dissenso iniziale (o del mancato consenso) quanto quella del consenso sopravvenuto, quindi l'esigenza di ricercare una soluzione equilibrata non può lasciare indifferente il giurista. Qui non vi è lo spazio per andare molto oltre, ma si consenta comunque di affermare che, almeno nei casi appena richiamati a titolo di esempio – e che non vanno affatto confusi con quelli in cui, a un vero e proprio abuso sessuale, specie in ambito domestico, segua, ma dopo un apprezzabile lasso temporale, una riappacificazione tra i soggetti e la ripresa di rapporti sessuali consensuali: nessuna ambiguità può essere lasciata rispetto allo spettro di famigerati istituti come la *marital rape exemption* (su cui, nella dottrina italiana, in particolare, A. Szegö, *Quando lo stupro è legale: la "marital rape exemption"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 853 ss.) – la punibilità non dovrebbe ordinariamente essere consentita.

[53] In alcuni contesti occidentali maggiormente che in altri la cultura femminista ha trovato nella comunità giuridica esponenti di primo piano che hanno catalizzato l'attenzione del dibattito scientifico su temi delicati come le prevaricazioni sessuali nei confronti delle donne. Si pensi al contributo della giurista nordamericana Catharine A. MacKinnon, tra le cui opere più influenti vi è senz'altro C.A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women. A Case of Sex Discrimination*, Hew Haven, London, Yale University Press, 1979. Sul percorso di questa corrente culturale – recentemente rappresentata, ad esempio, in U. Andersson, M. Edgren, L. Karlsson, G. Nilsson (ed.), *Rape Narratives in Motion*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019, utile anche per una comprensione dei presupposti della riforma svedese del 2018, in particolare nelle p. 43 ss., 101 ss., 119 ss. e 223 ss. – autorevolmente, S.J. Schulhofer, *The Feminist Challenge in Criminal Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, p. 2151 ss., in particolare, p. 2170 ss., ove un ampio confronto con l'approccio femminista al tema della violenza sessuale.

sione di ogni passaggio al compimento di atti sessuali in qualche misura differenti rispetto a quelli già acconsentiti. Non sembra proprio questo il modo migliore per presidiare penalmente il (di per sé condivisibile) principio generale per cui il consenso deve persistere in ogni momento della relazione intima, non essendo sufficiente averlo "ricevuto" inizialmente a fronte dell'emergere, a un certo punto, di una volontà di segno diverso[54].

Se così è, allora, tale modello rivela un'impronta letteralmente educativa alla sessualità, di sua tendenziale omologazione, quantomeno sul piano comunicativo, col rischio però di affidare al diritto penale una funzione promozionale che, tanto più in un settore così delicato, non sembra competergli[55].

Per ciò che qui più interessa, poi, non è nemmeno possibile escludere che una simile proceduralizzazione comporti una sorta di fagocitazione della colpa da parte del dolo, analogamente a quanto avviene con riferimento a non pochi reati omissivi propri[56]. Si intende dire che la fisionomia anfibia della fattispecie incriminatrice potrebbe rendere direttamente doloso l'illecito commesso da chi ometta – e per ciò solo – di procurarsi un assenso preventivo al compimento degli atti sessuali. Nonostante la decisa "precauzionalizzazione" di fondo dell'intero contesto, che di fatto determina una sorta di immanenza dell'*Anlaß*, la responsabilità colposa finirebbe per potersi configurare nei soli casi di erronea percezione circa la (in realtà

[54] È un principio giustamente affermato più volte anche dalla giurisprudenza italiana e che ha peraltro ricevuto diverse declinazioni, come quella di Cass. pen., Sez. III, 18 marzo 2015, n. 9221, in *Guida dir.*, 2016, 17, p. 62, così massimata: «Il comportamento di chi porti a conclusione un rapporto sessuale, inizialmente voluto dal partner, ma proseguito con modalità sgradite o non accettate da quest'ultimo, integra il reato di violenza sessuale (fattispecie in cui la Corte ha ritenuto ravvisabile il reato nel comportamento di chi, secondo la prospettazione accusatoria, contro la volontà della donna, aveva consumato il rapporto sessuale con l'eiaculazione in vagina, non condivisa dalla donna)». In argomento, tra gli scritti più interessanti, M.C. Parmiggiani, Rape by omission*, ovvero lo "stupro omissivo": note a margine di un recente caso californiano*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 311 ss.

[55] Sulle criticità che possono ravvisarsi in sistemi liberali nell'assegnazione al diritto penale di una funzione promozionale, ampiamente, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, I, cit., p. 373 ss.; già prima, F. Bricola, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 445 ss.

[56] Per tutti, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, II, cit., p. 933 ss.

non avvenuta o non genuina) manifestazione del consenso[57].

Oltre a essere più convincente in generale, dovendosi quindi condividere l'approccio della riforma tedesca che lo ha chiaramente elevato a canone di incriminazione ordinario, il modello «no means no» è anche quello che meglio si combina con un'imputazione colposa. Si tratterebbe, in altre parole, di concepire un addebito colpevole (anche) per non aver riconosciuto (non già un elemento – per così dire – negativo e poco tangibile, quale il mancato consenso, ma) il dissenso in qualche modo manifestato dalla persona offesa.

Quanto alla fisionomia del parametro di imputazione, se è vero che è molto difficile rinvenire un vero e proprio agente modello in questo settore, anche perché sembra una forzatura la prospettiva di una rigida canonizzazione delle dinamiche interpersonali intime, un certo livello di oggettivizzazione del giudizio pare comunque indispensabile, come in tutte le ipotesi di colpa. Il criterio selettivo che sembra meno esposto al rischio di permettere una sussunzione di casi di speciale ambiguità sul consenso è quello della colpa grave. Al riguardo, sembra allora sostanzialmente convincente la scelta di quegli ordinamenti – si pensi, per restare nell'ambiente di *civil law*, a quello svedese – che richiedono una colpa, anche incosciente, ma di grado elevato, definibile, qui, segnatamente in termini di significativa riconoscibilità del dissenso altrui.

In caso di marchiano travisamento o di grossolana noncuranza dei segnali di manifestazione del dissenso della vittima, più che avventurarsi nelle paludose retoriche del dolo eventuale, sembra accettabile un'imputazione normativa che non dipenda esclusivamente dal punto di vista dell'agente, il quale, altrimenti, potrebbe dimostrarsi talmente insensibile alla dimensione relazionale del compimento degli atti sessuali al punto da rendere credibile il suo effettivo convincimento di non aver incontrato alcun reale dissenso dell'altra persona. Di fronte a casi del genere – pare – non si tratterebbe di uniformare rigidamente l'approccio alla sessualità della collettività, ma, impregiudicata una (pur assai delicata) valutazione sulla misura soggettiva della colpa, di

[57] In argomento, ampiamente, K.K. Ferzan, *Consent, Culpability, and the Law of Rape*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2016, in particolare, p. 417 ss. (e 433), ove pure una denuncia dei rischi di scivolamento verso la responsabilità oggettiva a prescindere dal titolo formale di responsabilità.

riaffermare quel minimo di civiltà che non dipende certo da sfumature percepibili e decifrabili solo da esperti in psicologia.

Se non si accettasse l'imposizione di alcun punto di vista oggettivo dell'ordinamento, allora l'argomentazione potrebbe spingersi a sindacare persino lo stesso ricorso al diritto penale per proteggere la libertà sessuale. È evidente che un simile esito non sarebbe accolto praticamente da nessuno. Del resto, la lezione storico-comparatistica insegna che la repressione degli abusi sessuali, pur con alcune differenze d'impostazione derivanti soprattutto dalla definizione del bene giuridico, è una delle poche vere costanti del diritto penale[58], nonostante ciò conviva con una più che significativa cifra di casi non denunciati, anche alla luce del fatto che le statistiche indicano chiaramente che si tratta spesso di vicende tra "*partner*", smentendo lo stereotipo che pretende di dipingerlo come un fenomeno criminologico prevalentemente di strada[59].

La ricerca del punto di equilibrio tra prevenzione generale e colpevolezza nella prospettiva fin qui tracciata deve coerentemente indurre a prendere le distanze da approcci che pretendano di ottenere un perfetto e indefettibile allineamento tra compressione della libertà sessuale e responsabilità penale. Per quanto magari suggestiva, soprattutto per il linguaggio impiegato, è fallace, perché prova troppo, la prospettiva femminista, riconducibile particolarmente a Catharine MacKinnon, per cui una tutela penale attenta al punto di vista dell'agente, consistente nel fornirgli una *reasonable mista-*

---

[58] Tra coloro che ne danno conto, F. Macrì, *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, cit., p. 1. Si veda inoltre L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia 'di genere'*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012, in particolare p. 4 ss.

[59] Già da diversi decenni, si denuncia un frequente vizio di prospettiva nell'analisi dei reati sessuali. Tra i contributi meno recenti, C.E. LeGrand, *Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law*, in *California Law Review*, 1973, p. 926: «Rape laws, and legal discussions of those laws, are also shaped by the fear of the stereotypical maniac rapist who leaps from the bush with knife in hand». Nel *Rapporto SDGs 2018* pubblicato nel sito dell'Istituto Nazionale di Statistica (*www.istat.it*), si dà conto del fatto che «il 62,7% degli stupri subiti nel corso della vita è stato commesso da un partner attuale o precedente». Per indicazioni dettagliate sulle assai basse percentuali di denuncia, si veda la sezione *La consapevolezza e l'uscita dalla violenza* dello stesso sito. In dottrina, in argomento, L. Goisis, *La violenza sessuale*, cit., p. 1 ss., in particolare p. 7.

ke defense, implicherebbe sostanzialmente l'inaccettabile risultato di considerare una «donna stuprata, ma non da uno stupratore» («a woman raped but not by a rapist»)[60]. A tale considerazione si è condivisibilmente replicato che, nell'intero diritto penale, si possono fare moltissimi esempi tutt'altro che scandalosi di danno alla persona prodotto da altri, i quali, però, pur avendo magari integrato la tipicità della fattispecie, non sono punibili per difetto della necessaria colpevolezza[61]. Ciò vale non solo nel contesto giuridico in cui la MacKinnon ha lanciato la sua provocazione, ma, certamente, anche nel nostro ordinamento, dove, altrimenti, si cancellerebbe il filtro selettivo e di garanzia della colpevolezza, trasformando il reato in un illecito di danno a forma talmente libera da spingerlo persino oltre gli orizzonti dell'illecito civile.

5. *Gli spazi per un'imputazione colpevole differenziata*

Nella cornice teorica di questa trattazione sull'imputazione colpevole differenziata, va detto che il caso della esaminanda (e ancora ipotetica) violenza sessuale "inconsapevole", tranne forse per ciò che riguarda il grado della colpa punibile, è in ampia misura paragonabile a quello degli atti sessuali con minorenne di cui all'art. 609-*quater* c.p., perché, anche qui, immaginando non presente l'elemento costitutivo a cui l'imputazione colposa si riferisce (in questo caso il dissenso altrui), il fatto non avrebbe alcun disvalore e anzi consisterebbe nell'esercizio di un vero e proprio diritto. Verrebbe peraltro ad escludersi, così, ogni dubbio sul fatto che si possa trattare di ricostruire una *culpa in re illicita*, chiarendosi anche, di conseguenza, che il criterio della

---

[60] C.A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, in *Signs*, 1983, p. 654.

[61] Ad esempio, M. Vitiello, *Punishing Sex Offenders: When Good Intentions Go Bad*, in *Arizona State Law Journal*, 2008, pp. 662 e 663, ove una efficace critica proprio alla posizione dell'Autrice menzionata nel testo: «not all deaths caused by others are actionable under the criminal law. Even beyond accidental deaths, absent some kind of criminal negligence, beyond tort negligence, an actor is not guilty of involuntary manslaughter or negligent homicide» (p. 663). Sulla questione, si veda anche D. Husak, *The Philosophy of Criminal Law*, cit., p. 233 ss.

colpa grave non incontrerebbe gli ostacoli che invece si pongono, ad esempio, negli illeciti preterintenzionali.

Se è dunque vero che l'imputazione colposa dominerebbe di fatto la colpevolezza di un illecito dalla struttura "corta" come quello di violenza sessuale incentrato essenzialmente sul dissenso, è comunque astrattamente plausibile anche una versione a imputazione colpevole differenziata.

Come già osservato con riferimento all'*error aetatis*, l'assetto potrebbe dipendere, tra l'altro, dalla scelta di tipizzazione del legislatore. Quindi, ad esempio, prevedendo una disposizione sui profili di consenso analoga a quella mirata degli attuali artt. 602-*quater* e 609-*sexies* c.p., si potrebbe sostenere che il gesto sessuale indesiderato debba essere necessariamente compiuto con volontà dal soggetto agente[62]; ma ciò non per effetto della disposizione sulla *suitas* dell'art. 42, comma 1, c.p., ma, piuttosto, perché per tale elemento non sarebbe esplicitamente prevista una deroga alle regole dell'imputazione dolosa.

Discorso diverso, invece, se il legislatore provvedesse a tipizzare una fattispecie autonoma qualificandola genericamente come ipotesi colposa: in tal caso, potrebbe teoricamente risultare di rilevanza penale anche l'atto sessuale compiuto per distrazione o comunque superficialità (oppure ancora non percependo la natura sessuale di un atto compiuto di proposito)[63], non potendosi escludere nemmeno

---

[62] Può tornare valido l'esempio già formulato trattando la disciplina dell'*ignorantia aetatis*, ovvero quello del cantante distratto tra la folla a cui scivola la mano sul seno di una ammiratrice, che può pure stimare l'artista ma non desiderare di subire da lui atti sessuali.

[63] Al riguardo, si veda A. Cadoppi, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-*bis *c.p.)*, cit., p. 41, che ragiona sull'esempio dell'adulto Tizio che, in costume da bagno, tiene sulle ginocchia la bambina Caia, ponendo di fatto a contatto il proprio pene con le natiche della bambina. L'Autore formula questo esempio per isolare dei casi – e questo sarebbe uno di quelli – in cui, *de iure condito*, il dolo rispetto alla natura degli atti sessuali può venire meno, perché si tratterebbe di un errore sul fatto, mentre sarebbe invece da considerarsi un'ipotesi di errore sul precetto (quindi punibile *ex* art. 5 c.p.) il bacio profondo dato alla bambina «avvertendo una certa eccitazione, ma non ritenendo che un tale atto sia atto "sessuale" rilevante per la legge penale».

Per quanto possa apparire implausibile in prima battuta, si possono immaginare degli errori sul precetto pure in relazione alla necessità di ottenere il consenso altrui prima di compiere atti di natura sessuale persino in contesti culturali diversi

che la stessa sia grave. A quel punto, il giudice che volesse escludere la punibilità in caso di colpa relativa già al compimento degli atti sessuali procederebbe a una operazione che, per quanto *in bonam partem*, alla luce dell'attuale assetto regolativo dell'imputazione colpevole, si porrebbe problematicamente in rapporto col principio di legalità.

Che la questione della possibile imputazione colpevole differenziata all'interno di reati sessuali basati essenzialmente sul consenso non possa essere liquidata come una banalità è dimostrato dal fatto che, in fase di commento del progetto di riforma dell'art. 213 del *Model Penal Code* americano, l'adeguatezza della *recklessness* come criterio di imputazione per tutti gli elementi dell'offesa sia stata giustificata esplicitamente riferendosi esemplificativamente non già al consenso, come sarebbe stato più prevedibile, ma al diverso elemento della realizzazione degli atti sessuali: «Each provision of this Article requires, at minimum, that the defendant engage in the act of sexual penetration, oral sex, or sexual contact with a mental state of at least recklessness. That means that the actor must consciously disregard a substantial and unjustifiable risk that an act of sexual penetration, oral sex, or sexual contact might occur. Accidental or negligent penetration, for example, does not incur liability»[64]. Incro-

---

da quelli caratterizzati da concezioni padronali del rapporto uomo-donna. Il problema è stato recentemente affrontato rispetto all'attività di un sanitario ed è stato risolto nel senso anticipato da Cass. pen., Sez. III, 22 febbraio 2019, n. 18864, in *DeJure*: «In tema di violenza sessuale, il medico, nell'esercizio di attività diagnostica o terapeutica, può lecitamente compiere atti incidenti sulla sfera della libertà sessuale di un paziente solo se abbia acquisito il suo consenso, esplicito e informato, o se sussistono i presupposti dello stato di necessità e deve, inoltre, immediatamente fermarsi in caso di dissenso del predetto (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la decisione con la quale era stata esclusa la sussistenza del dolo nell'agire di un medico, attribuendo rilevanza all'errore dell'imputato che aveva reputato non necessario il consenso delle pazienti ad una manovra incidente sulla propria sfera sessuale)».

[64] The American Law Institute, *Model Penal Code: Sexual Assault and Related Offenses*, cit., p. 4. Nel senso, invece, che l'errore colposo sul consenso abbia l'implicazione di rendere comunque completamente colposo – «The negligent mistake about consent renders the entire action negligent» – il reato («negligent rape»), G.P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 117, che muove dall'assunto per cui il compimento di atti sessuali a cui si riferisce la legge penale è concetto da intendersi necessariamente in senso pregnante e non può quindi consistere in un comportamento accidentale, così co-

ciando questo dato con la considerazione di altra dottrina che nota come, negli Stati in cui per il reato sessuale – da intendersi ora quale illecito diverso da quelli realizzabili soltanto nei confronti di minori – è contemplata un'imputazione colposa o addirittura oggettiva, questa si riferisca praticamente sempre e soltanto ai profili di consenso, si ricava nemmeno troppo implicitamente la conferma dell'esistenza effettiva di un approccio differenziato per elementi alla colpevolezza (o alla sua negazione) del reato[65].

---

me – aggiunge la stessa autorevole dottrina – non avrebbe senso, giuridicamente, parlare di «larceny» (furto) e «burglary» (una sorta di violazione di domicilio finalizzata a commettere un reato, normalmente un furto in appartamento) accidentali (pp. 113 e 114). Come si è già avuto modo di considerare, nel nostro ordinamento, una simile lettura del reato sessuale potrebbe al limite essere basata su una altrettanto restrittiva interpretazione della condotta piuttosto che su regole "esterne" come quella relativa alla *suitas*, la quale, come visto, sussiste anche in caso di semplice dominabilità del comportamento. Discorso parzialmente diverso, invece, può valere per i delitti di furto tipizzati negli artt. 624 e 624-*bis* c.p., posto che quel particolare dolo specifico previsto sembra necessariamente presupporre un comportamento globalmente consapevole e intenzionale.

[65] Si vedano H.F. Fradella, C. Fahmy, *Rape and Related Offenses*, cit., p. 151: «The states that apply strict liability to rape usually apply it only to the element of consent […] If one generalization can be made about the *mens rea* of rape, it is that some level of general intentionality is implicit in the crime». Tra i contributi più approfonditi sul punto, ancorché in termini non più aggiornati e con riferimento per lo più a modelli coercitivi tradizionali, la cui tipicità pregnante finiva spesso per assorbire questioni sulla *mens rea*, K. Kinports, *Rape and Force: The Forgotten Mens Rea*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2001, p. 755 ss., in particolare p. 761 ss. Quanto alla *strict liability*, essa non sembra un criterio di imputazione degno di considerazione per una riforma in sistemi in cui vi è una valorizzazione del principio di colpevolezza, a meno che non la si voglia identificare anche con situazioni di «indifferenza» («indifference»), «insensibilità» («insensitivity») verso il profilo del consenso, finendo per negare che la stessa *strict liability* sia una forma di responsabilità necessariamente incolpevole. Allora, però, essa non sarebbe facilmente distinguibile dalla colpa, contrariamente a quanto sostiene, senza convincere fino in fondo, K. Huigens, *Is Strict Liability Rape Defensible?*, in A. Duff, S.P. Green (ed.), *Defining Crimes. Essays on The Special Part of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 196 ss., in particolare p. 203 ss. La tesi non persuade perché sviluppata pensando al caso di un uomo (Dirk) che, dopo averla conosciuta in un locale, compie atti sessuali con una donna (Violet) fintasi consenziente e persino coinvolta (!), temendo che l'uomo sia uno stupratore seriale ritornato in libertà, considerato l'emergere, a un certo punto, della compatibilità con il profilo del criminale reso noto al pubblico. Il fatto che, *ex post*, si possa dire che non si sia trattato effettivamente dello stupratore seriale e che l'uomo sia stato convinto del consenso della donna potrebbe bastare – si dice – per escludere la colpa (essendo la percezione del consenso ragionevole), ma residuerebbe comunque una sorta di rim-

6. *I diversi livelli di costruzione di una disciplina proporzionata:* extrema ratio *e trattamento sanzionatorio*

A differenza di quanto considerato con riferimento alla problematica dell'*error aetatis*, sarebbe meno immaginabile una doppia rilevanza sistematica del consenso. La centralità di questo profilo valoriale nell'intero sistema degli illeciti sessuali, ove può rilevare tanto "in negativo" quanto "in positivo", come nel caso degli atti sessuali con minorenne (in cui, sostanzialmente, è presupposto il consenso del minore), è tale da far individuare comunque un elemento costitutivo e non anche un fattore circostanziale. Il che, se non altro, fornirebbe meno alibi all'eventuale assenza, nel nostro ordinamento, di un meccanismo esplicito (fondato su una autonoma tipizzazione o comunque) di adeguamento della risposta sanzionatoria per le ipotesi colpose rispetto a quella per le corrispondenti versioni dolose. Apparirebbe infatti ben più problematico giustificare quell'appannamento delle differenze di colpevolezza che si può invece constatare nell'ambito del regime "contravvenzionale" di regola previsto per le aggravanti.

La questione della proporzione sanzionatoria dell'imputazione colposa dei profili di consenso è un aspetto centrale anche nel dibattito dei Paesi di *common law*. Lì, in particolare nel sistema statunitense, rispetto a quello che si vuole qui proporre, si è spesso sviluppato ed è in via di affermazione un ragionamento in una certa misura diverso, forse un po' più di *extrema ratio*, almeno apparentemente, ma non per questo da considerarsi necessariamente il più appropriato o comunque perfettamente valido anche in altri ordinamenti.

---

proverabilità per aver mancato di sensibilità nei confronti della persona con cui ci si stava relazionando sessualmente (p. 207 ss.); sensibilità che avrebbe forse consentito di comprendere che la realtà era diversa da come appariva. Come si può subito intuire, il ragionamento comporta una complicazione concettuale della quale non sembra esserci bisogno. Se il convincimento sul consenso può essere giudicato ragionevole, cercare di individuare comunque un livello di rimproverabilità è una forzatura poco comprensibile. Delle due l'una: o l'insensibilità è tale da incidere sullo stesso giudizio di ragionevolezza della percezione del consenso altrui; giudizio che all'insensibilità non si vede perché debba rimanere – sia consentito il gioco di parole – insensibile, oppure è un profilo di intensità tale per cui almeno il diritto penale non dovrebbe curarsene e ogni riferimento alla meritevolezza di un rimprovero non può che apparire in un sistema liberale moderno fuorviante e persino pericoloso.

Il punto di vista del progetto di riforma del *Model Penal Code* sulla *mens rea* dei reati sessuali "impositivi", la quale dovrebbe sostanziarsi quantomeno nella *recklessness*, non solo riflette la posizione di autorevoli studiosi, come già accennato, ma è forse anche quello maggioritario. Leggendo i contributi scientifici in materia degli ultimi decenni, si ha l'impressione che la presa di posizione sia in misura significativa condizionata dalla constatazione delle severe conseguenze giuridiche previste solitamente dagli Stati per i *sex offenders*, per i quali, al di là della pena detentiva – in passato, in alcuni Stati del sud, si è fatto ricorso anche alla pena di morte, in particolare in casi di violenze sessuali nei confronti di persone "bianche" addebitate a imputati afroamericani[66] – sono previste misure particolarmente stigmatizzanti come l'inclusione (anche a vita) in un registro che può persino essere pubblicamente accessibile, con tanto di fotografie del volto e indicazioni sulla località di residenza[67]. A ciò si collegano ulteriori implicazioni che, almeno nel nostro ordinamento, evidenzierebbero una difficile compatibilità col principio rieducativo[68].

Poiché tutte queste severissime conseguenze non sono normalmente sensibili ai profili di colpevolezza e in alcuni casi operano pure a prescindere da essa – così dove è ammessa la *strict liability*, non rara rispetto alle ipotesi di *statutory rape*, con l'effetto di precludere ogni *mistake-of-age defense*[69] – sembra forte il condizionamento nel senso di argomentare sulla colpevolezza dei reati sessuali a partire

---

[66] Lo testimonia, tra gli altri, M. Vitiello, *Punishing Sex Offenders*, cit., p. 656.

[67] Il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti mette a disposizione su internet un motore di ricerca che consente di accedere con particolare facilità alle informazioni dei diversi registri statali: *www.nsopw.gov*.

[68] Si veda, ad esempio, M. Vitiello, *Punishing Sex Offenders*, cit., p. 667 ss., che descrive il drastico declino della vita quotidiana a cui può andare incontro l'autore di un reato sessuale negli Stati Uniti, potenzialmente penalizzato persino sul piano abitativo, fino a rischiare di ritrovarsi a "vivere" per strada, come testimonierebbero alcune vicende concrete (p. 681). Sui profili di costituzionalità delle discipline statunitensi, ad esempio, C.L. Carpenter, A.E. Beverlin, *The Evolution of Unconstitutionality in Sex Offender Registration Laws*, in *Hastings Law Journal*, 2012, p. 1071 ss.

[69] Si veda M. Vitiello, *Punishing Sex Offenders*, cit., pp. 663-665, 683 e 684, che pone più volte l'accento sulla sproporzione tra una responsabilità sostanzialmente oggettiva e conseguenze di assoluta severità.

da tale quadro, considerandolo quasi un dato immutabile. Ed è qui che si annida quello che sembra essere un limite di prospettiva, che, almeno nel nostro ordinamento potrebbe essere evitato senza dover peraltro pensare alle sfumature di decine di giurisdizioni diverse da coordinare. Per quanto suggestivo e in una certa misura comprensibile possa apparire l'argomento basato sulle conseguenze, partire dalla pena per tarare la colpevolezza di un illecito, in particolare *de iure condendo*, sembra un'inversione metodologica: è la pena, piuttosto, a dover essere influenzata dall'illecito e quindi (anche) dai profili di imputazione colpevole.

Per intendersi, nel nostro ordinamento, all'introduzione di versioni colpose o parzialmente colpose dei reati sessuali dovrebbe senz'altro accompagnarsi la previsione di risposte sanzionatorie proporzionate, che dovrebbero rendersi tali a partire dai livelli edittali, ma senza trascurare il raccordo con la disciplina dell'art. 609-*nonies* c.p.[70], il quale, per quanto non si spinga forse ai livelli di severità delle discipline di *common law*[71], contempla comunque delle limitazioni piuttosto serie, che oggi sembrano già applicarsi senza particolari accorgimenti anche ai reati in cui la colpa può porsi come criterio di imputazione effettivo dell'elemento costitutivo dell'età della persona offesa. Il profilo critico di un simile assetto è dato dal fatto che non sempre si tratta di misure che possono essere concretamente disposte in termini proporzionali muovendosi tra un minimo e un massimo: alcune di queste misure hanno carattere perpetuo.

Quanto, in particolare, all'assestamento della disciplina modello statunitense sulla *recklessness*, l'idea che la maggior sensibilità al principio di *extrema ratio* rimanga più che altro astratta si può coltivare ponendo mente al fatto che il processo sembra esposto alla irresistibile tentazione di considerare effettivamente percepito il rischio di dissenso nella stessa misura in cui l'errore sul medesimo può considerarsi significativamente irragionevole, cioè negli stessi

---

[70] In argomento, ad esempio, S.R. Palumbieri, *Art. 609 nonies*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 2590 ss.

[71] Per un confronto, M. Boggiani, *All'origine delle nuove misure introdotte all'art. 609* nonies*, 3° comma, c.p.: le* sex offenders laws *statunitensi*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 573 ss.

casi in cui il *Model Penal Code* ritiene sussistente la (*criminal*) *negligence*. In altre parole, a parità di rischio elevato, si potrebbe essere indotti a dedurre che l'agente non solo «should be aware» di tale rischio, ma anche la prova del fatto che l'agente, al momento della condotta, «consciously disregards» tale rischio. Pur senza voler avallare questa semplificazione probatoria, sembra però che, aprendo a una colpa grave anche "incosciente", le differenze sarebbero più formali che sostanziali.

Più consistente, invece, è l'osservazione per cui il riferimento solo a canoni di ragionevolezza e non anche a un rischio elevato comporti lo scivolamento verso *standard* più bassi di quelli della *criminal negligence*[72], ma la preferenza per una colpa che, per quanto anche incosciente, sia comunque grave, presidiata da una risposta sanzionatoria proporzionata[73], dovrebbe consentire di superare buona parte delle perplessità. Così, almeno, dovrebbe essere in un ordinamento come il nostro, dove l'emancipazione da concezioni della colpevolezza ancorate necessariamente a un dato psicologico effettivo è piuttosto assodata.

Inoltre, se si volessero assecondare quelle proposte di riforma che prevedono una pluralità di reati sessuali (a vario titolo) "impositivi", si potrebbe eventualmente pensare di estendere l'area della punibilità per colpa grave soltanto agli illeciti relativi agli atti sessuali più invasivi[74]: anche questa sarebbe una soluzione di *extrema ratio*,

---

[72] M. Vitiello, *Punishing Sex Offenders*, cit., pp. 663, 664, 679 e 683. Sulla estrema delicatezza del giudizio di (mera) ragionevolezza rimesso a giurie che sono selezionate dalle parti secondo criteri di strumentalità, per tutti, S.J. Schulhofer, *Unwanted Sex*, cit., pp. 258 e 259: «The reasonableness standard produces a sound result only if the jury itself is reasonable–which is to say, "like us." If it isn't, the reasonableness standard simply invites the worst abuses of cultural stereotyping and ingrained sex bias that rape reformers have tried for so long to escape» (p. 259).

[73] Anche nell'ambito di prospettive femministe non si è mancato di riconoscere l'opportunità di punire comunque di meno gli autori di atti sessuali in colpa rispetto alla percezione del dissenso della persona coinvolta: «My view is that such a "negligent rapist" should be punished, albeit – as in murder – less severely than the man who acts with purpose or knowledge, or even knowledge of the risk» (S. Estrich, *Rape*, in *The Yale Law Journal*, 1986, p. 1102). Si veda, inoltre, per un'analoga presa di posizione sulla proporzione sanzionatoria, A.E. Taslitz, *Willfully Blinded*, cit., pp. 386 e 387.

[74] In senso diverso, A. Cadoppi, M. Vitiello, *A Kiss is Just a Kiss, or is It? A Comparative Look at Italian and American Sex Crimes*, in *Seton Hall Law Re-*

peraltro in linea con la tradizione italiana che assegna ai comportamenti molesti una natura essenzialmente dolosa, come si è già visto con riferimento alla fattispecie contravvenzionale (quindi potenzialmente aperta anche alla colpa) dell'art. 660 c.p.

view, 2010, p. 223, in cui, con particolare riferimento alle prospettive di riforma dell'ordinamento italiano, si propone di riservare la responsabilità colposa solo ai fatti meno gravi.

Capitolo VII

IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA E SCRIMINANTI

1. *Le coordinate normative e sistematiche delle scriminanti putative*

La trattazione analitica delle più rappresentative ipotesi di imputazione colpevole differenziata nell'ambito della tutela penale della persona può ora passare a prendere in considerazione la tematica delle scriminanti, considerando, in particolare, i profili di putatività e quelli di eccesso colposo.

La prima delle due ipotesi, come si sta per vedere, si presta a essere affrontata subito dopo l'esame dei profili di colpevolezza dei reati sessuali perché, pur con innegabili peculiarità che verranno valorizzate, ripropone diverse delle questioni problematiche lì già affiorate: in particolare, seguendo un ordine logico, il collegamento della responsabilità colposa a un errore di percezione di aspetti fattuali ritenuti esistenti contestualmente (se non già prima) rispetto alla condotta; l'accollamento all'imputato di uno sforzo significativo al fine di far emergere processualmente il difetto rappresentativo e la sua plausibilità-ragionevolezza; il controverso "peso" dell'eventuale imputazione colposa residua nell'ambito di ipotesi che (altrettanto) devono confrontarsi con prospettive come quella della c.d. colpa impropria; il sospetto di una ordinaria violazione delle istanze di proporzione sanzionatoria.

Il dettato codicistico al riguardo è contenuto nell'art. 59, comma 4 (originariamente, cioè prima della l. 7 febbraio 1990, n. 19, era

il comma 3), c.p., che è opportuno richiamare subito: «Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

Leggendo insieme le due frasi appena riportate, riferibili senz'altro alle cause di giustificazione quali *species* del più ampio *genus* delle «circostanze di esclusione della pena», è piuttosto immediato cogliere il ricorso a una logica di imputazione particolarmente assonante a quella dell'art. 47, comma 1, c.p.: anche qui, l'errore esclude la punibilità a titolo di dolo, ma viene fatta salva la responsabilità nel caso in cui l'errore stesso sia colposo e all'ulteriore condizione che la legge abbia previsto anche la versione colposa dell'illecito. Questa «simmetria»[1] è spesso evidenziata dalla dottrina anche quanto alla necessità che si tratti di un'erronea percezione dei presupposti di fatto che renderebbero operativa la scriminante – si pensi, ad esempio, rispetto alla legittima difesa, al soggetto che, di notte e «in una zona completamente oscura», reagisca con violenza temendo l'aggressione da parte di un passante ubriaco con «lo sguardo stralunato» avvicinatosi «ansimando in preda alla concitazione (in realtà, solo per chiedere un'informazione)»[2] – e non, in particolare, di un errore di diritto sull'esistenza in astratto o sui limiti normativi di una causa di giustificazione[3], restando piuttosto controverso se nell'art. 59, comma 4, c.p. possa rinvenirsi spazio anche per errori di diritto speculari a quelli che, nell'am-

[1] L'espressione è utilizzata da P. Pisa, *Cause di giustificazione*, in C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 282. Si vedano anche M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 654 e 655, il quale ravvisa una «corrispondenza simmetrica tra l'art. 47, co. 1° e l'art. 59, co. 4°»; M. Caputo, *Art. 59*, in G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 19 e 21, che parla prima di «parallelismo» e poi di «corrispondenza simmetrica tra le due norme»; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 276, per cui si tratterebbe di «una estensione alle scriminanti della disciplina generale dell'errore di fatto enunciata nell'art. 47».

[2] L'esempio è tratto da S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 570 e 571.

[3] Per tutti, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 654 e 655, con diverse esemplificazioni.

bito dell'art. 47 c.p., ricadrebbero nel comma 3 (errori di diritto ma comunque sul fatto)[4].

Se l'assonanza tra le specifiche disposizioni dei due articoli codicistici appena richiamati si può senz'altro apprezzare in termini – per così dire – regolativi, specialmente per ciò che riguarda la previsione di una possibile responsabilità colposa residua, meno scontato è convincersi che sia proprio il dolo a essere in ogni caso escluso, perché, a ben vedere, l'errore sulla scriminante, per quanto possa essere (e normalmente sia) puramente di fatto, non cade esattamente su uno degli elementi della tipicità, ma su "circostanze" che se esistessero realmente renderebbero lecito un comportamento comunque tipico: in ciò risiede l'essenza della differenza rispetto alla disciplina dell'art. 47 c.p.

In dottrina, è piuttosto ricorrente l'opinione – è bene precisare che trattasi di un giudizio che prescinde dall'accoglimento dell'impostazione a cui ci si riferisce – per cui una radicale esclusione del dolo potrebbe giustificarsi nel modo più coerente, almeno apparentemente, se si optasse per una sistematica bipartita e si accogliesse l'idea delle scriminanti quali *negative Tatbestandsmerkmale*, cioè elementi negativi del fatto, che necessiterebbero pertanto di essere oggetto di rappresentazione tanto quanto quelli positivi (coi quali comporrebbero il fatto nella sua accezione più ampia, il *Gesamttatbestand*)[5], con l'unica differenza che questi ultimi, a seconda della loro specifica natura, potrebbero ben richiedere anche la volizione da parte dell'agente.

È noto come la concettualizzazione degli elementi negativi del

---

[4] Per la risposta positiva e una sintesi delle diverse sensibilità al riguardo, si veda P. Pisa, *Cause di giustificazione*, cit., p. 283.

[5] Questa prospettiva, come è noto, ha trovato autorevoli sostenitori sia nella dottrina tedesca (si rinvia alle dettagliate citazioni offerte da H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 249, nota 20) che in quella nazionale: tra gli altri, F. Bricola, *Dolus in re ipsa*, cit., p. 98, per cui «non realizza un comportamento tipico chi agisce in stato di legittima difesa»; M. Gallo, voce *Colpa penale*, cit., p. 629 ss.; Id., voce *Dolo*, cit., p. 770 ss.; C.F. Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 25 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 451 e 452; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 307 ss.; F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, 6ª ed. (a cura di R. Guerrini), Torino, Giappichelli, 2017, p. 289 ss.

fatto abbia avuto origine proprio pensando all'esigenza di fornire una soluzione plausibile al problema dell'errore sulle scriminanti, specialmente in ordinamenti privi di una disciplina *ad hoc*, come quello tedesco[6], con l'implicazione, lì, di consentire il ricorso diretto al § 16 (1) StGB, dedicato appunto all'errore sul fatto di reato[7]. È pertanto comprensibile il motivo per cui il contributo della dottrina tedesca all'analisi sistematica dell'argomento sia stato nei decenni precedenti forse il più significativo, quantomeno in termini quantitativi, anche nel senso della notevole pluralità di sensibilità affiorate.

Pare però opportuno ricordare che la ricerca di coerenza che ispira l'inquadramento delle scriminanti quali *negative Tatbestandsmerkmale*, nel dettaglio, ha in realtà rappresentato uno dei punti più critici delle teoriche bipartite, le quali hanno ricevuto ricorrenti obiezioni proprio circa la pretesa di rendere oggetto di rappresentazione anche le cause di giustificazione. In questo senso, si è evidenziato come sarebbe poco convincente collocare nel fuoco del dolo non solo gli elementi caratteristici dello specifico reato ma anche l'assenza delle cause di liceità, perché si perverrebbe alla forzatura di richiedere, poco verosimilmente, che il soggetto, per essere in dolo, agisca rappresentandosi l'assenza di tutte queste ultime[8].

Nella prospettiva tripartita, attualmente maggioritaria[9], l'esclu-

---

[6] Nella dottrina tedesca, lo riconosce, ad esempio, C. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., Berlin, de Gruyter, 1973, p. 25, nota 56.

[7] Per una panoramica su questa e le altre soluzioni fornite dalla dottrina tedesca al problema dell'errore sulle cause di giustificazione, C. Roxin, *Strafrecht*, cit., p. 622 ss., in particolare p. 623; in lingua italiana, Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione* (a cura di S. Moccia), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 52 ss., in particolare p. 54. Tra i contributi della dottrina italiana, ampio spazio alle diverse impostazioni della dottrina tedesca è dedicato da G. de Vero, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 773 ss., in particolare p. 813 ss.

[8] Per questa critica, si veda G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., in particolare p. 1242 ss.

[9] Riguardo alle questioni di cui si sta discutendo ora nel testo, l'impostazione lì seguita non pare presentare differenze significative rispetto all'approccio di una sistematica ulteriormente diversa quale quella quadripartita, posto che, come quella tripartita, assegna dignità autonoma tanto alla tipicità che all'antigiuridicità. Si veda, in particolare, lo sviluppo di G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 211 ss.; a livello monografico, G. Cocco, *La punibilità*

sione della responsabilità dolosa è senz'altro una conclusione meno intuitiva. È evidente che se non si accoglie la tesi per cui anche l'illiceità del comportamento rientra nell'oggetto del dolo, da cui l'art. 5 c.p. sembra però averlo voluto escludere in misura significativa, non è semplice conciliare con le premesse la conclusione per cui un comportamento volontario rispetto all'intera tipicità potrebbe non essere doloso. Non sembra allora possibile limitarsi a prendere atto della disciplina codicistica vigente che, anche in caso di errore sulla scriminante, guida subito verso l'ipotesi di una responsabilità colposa. Tale disciplina, pur nei limitati spazi consentiti dal taglio della trattazione in corso, va adeguatamente messa a fuoco anche rispetto al suo significato sistematico, rischiandosi, altrimenti, di appannare le ragioni sostanziali della logica di imputazione prescelta dal legislatore.

Ai fini dell'indagine che si sta conducendo, è senz'altro importante capire quale peso specifico assegnare rispettivamente al dolo e alla colpa, posto che la disciplina dell'art. 59, comma 4, c.p. evoca situazioni dalla natura indubbiamente ambigua e che è valsa, soprattutto in passato, a stimolare l'evocazione della controversa categoria della c.d. colpa impropria[10].

La necessità di conciliare il dato positivo con l'accoglimento, più in generale, della scomposizione tripartita dei macroelementi del reato ha condotto parte della dottrina italiana alla ricerca di una via d'uscita prendendo posizione in favore della tesi della carenza del «dolo d'illecito»[11], che era già stata sviluppata in Germania, in particolare da Claus Roxin, parlando di «Unrechtsvorsatz»[12].

Si è così affermato, rispetto a colui che erra sull'esistenza di una scriminante, che «la sua volontà non può certo dirsi rivolta verso un illecito, o più precisamente verso un fatto non giustificato». Tale vo-

---

quarto elemento del reato, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, in particolare pp. 59 ss. e 95 ss.

[10] Con riferimento proprio all'art. 59, ultimo comma, c.p., danno conto di questa tradizione, ad esempio, A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 374 e 375.

[11] In questo senso, in particolare, A. Cavaliere, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, Jovene, 2000, p. 505 ss.

[12] Per una sintesi, C. Roxin, *Strafrecht*, cit., in particolare p. 626.

lontà sarebbe proiettata «verso un valore d'evento prevalente rispetto all'offesa tipica». In questa prospettiva, «l'errore su una causa di giustificazione non esclude la volontà del fatto tipico, ma, in termini assiologici, prevale su di essa, escludendo la volontà di un illecito»[13].

La chiusura del discorso è ovviamente rivolta alla possibilità di configurare una residua responsabilità colposa: «Una volta ammesso che il valore soggettivo d'azione della scriminante prevalga sulla volontà del fatto, resta, dunque, soltanto la possibilità di configurare una responsabilità a titolo di colpa»[14].

All'indirizzo teorico appena richiamato è stato obiettato di non riuscire a proporre una impostazione fino in fondo distinta dalla teoria degli elementi negativi del fatto, alla quale, non per caso, aveva originariamente mostrato di guardare con favore lo stesso Roxin[15]. Al di là delle differenze nominali[16], in effetti, si finisce pur sempre per sostenere che il dolo deve abbracciare anche le cause di giustificazione.

Tra le ricostruzioni alternative vi è quella per cui l'erronea supposizione di una scriminante non farebbe venir meno la dimensione di tipicità del dolo – e in questo non emerge ancora una differenza inequivoca rispetto all'impostazione precedentemente richiamata – ma, piuttosto, la colpevolezza dolosa: ecco il tratto qualificante della tesi. Si tratta di un punto di vista autorevolmente rappresentato nella dottrina italiana[17] e che, almeno in una delle sue declinazioni,

---

[13] A. Cavaliere, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 507.

[14] *Ibidem*, p. 525.

[15] Lo nota, tra gli altri, M. Mantovani, Exceptio veritatis *e scriminante putativa del diritto di cronaca: un problema ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 96.

[16] La posizione di Roxin pretenderebbe invece di distinguersi da quella degli elementi negativi del fatto, come dimostra il fatto che, separatamente rispetto a quest'ultima, egli descrive adesivamente la «eingeschränkte Schuldtheorie», cioè la teoria limitata della colpevolezza: Roxin, *Strafrecht*, cit., p. 623, ma, soprattutto, p. 626.

[17] In particolare, M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 524 ss., a cui si rinvia anche per diffusi riferimenti, in nota, alla letteratura tedesca su posizioni talvolta analoghe. Nel quadro di sistematiche diverse, ma sul punto convergenti, S. Prosdocimi, Dolus eventualis, cit., pp. 70 e 71; G. Fornasari, *Le cause di esclusione della colpevolezza*, in A. Cadoppi, E. Carletti, G. De Francesco, G. Fornasari, A. Gamberini, R. Guerrini, G. Insolera, M. Mantovani, N. Mazzacuva, M. Pavarini,

propone una ricostruzione compatibile con l'art. 59, comma 4, c.p. passando attraverso una valorizzazione delle differenze dell'errore lì disciplinato sia rispetto all'errore sul fatto *ex* art. 47 che rispetto all'errore sul precetto *ex* art. 5 c.p.[18].

Mentre, guardando ai casi che disciplina l'art. 47 c.p., «errore e dolo in materia sono semplicemente incompatibili», tanto «l'errore sul precetto che l'errore sulle scriminanti presuppongono il dolo», ma «anche tra l'erronea supposizione di una situazione scriminante e l'ignoranza inevitabile della legge penale esiste una differenza di struttura che dà conto della diversità di disciplina». Tale differenza si sostanzierebbe nel fatto che l'errore sulle cause di giustificazione «è del tutto compatibile con la perfetta conoscenza della legge penale, alla pari dell'errore di percezione di cui all'art. 47 comma 1 CP, e all'errore su legge extrapenale di cui all'art. 47 comma 3 CP». Coerente con le premesse è la considerazione per cui sarebbe «*un terzo tipo di errore* quello in esame, diverso sia dall'errore sul fatto – che *non* deve esistere perché ci sia bisogno di invocare la scriminante putativa – e sia dall'errore sul divieto – che è cosa comunque diversa dal tipo di errore *ex* art. 59 u.mo comma CP, che non riguarda né il precetto, né la punibilità e neppure l'esistenza giuridica della causa di giustificazione»[19].

La tesi in considerazione, che sembra assonante rispetto ad alcune posizioni riscontrabili nella dottrina tedesca sotto il nome di «rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie»[20], cioè la «teoria della col-

---

L. Stortoni, A. Vallini, M. Virgilio, M. Zanotti, *Introduzione al sistema penale*, II, cit., pp. 268 e 269; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale*, cit., p. 463 ss.

[18] M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 539 ss.

[19] I virgolettati sono tratti da M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 539-542.

[20] Si vedano, in particolare, H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 464 ss.

Talvolta si richiama quale variante eccentrica della *rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie* (in questo senso, ad esempio, C. Roxin, *Strafrecht*, cit., p. 624) la posizione di G. Jakobs, *Strafrecht*, cit., in particolare, p. 376, il quale definisce la propria impostazione in termini di «unselbständige Schuldtheorie», da intendersi cioè come versione della *Schuldtheorie* dipendente dalla punibilità per colpa. Questa autorevole dottrina subordina, appunto, la responsabilità alla previsione della punibilità per colpa, ma mantiene anche a livello sanzionatorio, quale punto di partenza, la cornice edittale dolosa, salvo poi concretamente ridurre la pena fino a raggiungere praticamente gli stessi livelli previsti per la realizzazione colposa: si comprende,

pevolezza rinviante alle conseguenze giuridiche»[21], muove evidentemente dalla possibilità di uno sdoppiamento sistematico del concetto (non solo di colpa, come è più accettato, ma anche) di dolo; dolo che potrebbe quindi permanere nella sua dimensione (definita dalla stessa dottrina a cui ci si sta riferendo) «impersonale» nonostante l'errore di fatto sulla scriminante, consentendo comunque di concludere, come anticipato, che sia una colpevolezza di natura colposa a far emergere la *ratio* dell'eventuale rimprovero residuo, nel senso che «quando la realizzazione del fatto si presenta negligente o imprudente nella percezione della realtà storica, ciò consente di assimilare la disciplina del fenomeno a quella di un reato sostanzialmente colposo: il venir meno della colpevolezza propria del dolo, infatti, non esclude il permanere della colpevolezza propria della colpa, giacché si tratta di due realtà differenti»[22].

Una simile ricostruzione ha il pregio di risultare coerente (non solo con la peculiare bipartizione illecito-colpevolezza proposta della dottrina appena richiamata, ma anche) con la sistematica tripartita, assegnando ampiamente a tipicità, antigiuridicità e colpevolezza dignità autonoma, pur non negando le evidenti interrelazioni tra i tre versanti dell'illecito penale. Qui interessa soprattutto evidenziare come si finisca per ammettere esplicitamente una coesistenza di differenti criteri di imputazione, anche se in un quadro esteso oltre la tipicità: a differenza di ciò che riguarda i casi da risolversi *ex* art. 47 c.p., quest'ultima può dirsi completamente coperta da dolo, come già accennato, ma il senso del rimprovero, quando concretamente ipotizzabile, è spiccatamente colposo ed è solo al di fuori del-

---

dunque, come le differenze con la *rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie* non siano tanto pratiche quanto più che altro volte a dar conto delle sfumature della particolare prospettiva sistematica dell'Autore.

[21] Così nella traduzione (a cura di Stefano Fiore) contenuta in C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 55.

[22] M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 545 e 546, ma, già prima, p. 539. Pur in una prospettiva dogmatica differente, appare comunque assonante la considerazione per cui il dolo, in generale, «non è volontà prava e ingiusta, ma volontà, per così dire, neutra del fatto e non implica un giudizio di valore, riservato al rimprovero di colpevolezza collegato alla conoscibilità della legge penale ed alla imputabilità»: G. Cocco, *Il dolo come rappresentazione e volontà del fatto (42 co. 2°, 43 co. 1°, 1° a.)*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti (diretto da), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale – I, 2, Assago*, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 222.

la tipicità che ciò può essere adeguatamente compreso[23], pur essendo comunque vero, almeno in alcuni casi, che anche sul piano della condotta potrebbero esserci talune differenze (persino esteriormente percepibili) tra chi agisce in termini puramente aggressivi rispetto al bene giuridico e chi invece lo stesso bene aggredisce ma pensa di farlo in condizioni di liceità[24].

Sullo sfondo della prospettiva dottrinale appena richiamata, si può apprezzare anche un profilo di analogia rispetto a quanto osservato nell'ambito della declinazione dell'errore sul fatto, in particolare nell'analisi dei reati sessuali. Si intende dire che, nella misura in cui la scriminante putativa presuppone il dolo del fatto, coerentemente, l'apertura alla punibilità per colpa non può condurre alla punizione di comportamenti *in toto* colposi: sono logiche di garanzia quelle che impongono di non rinunciare all'applicazione delle regole di imputazione dolosa rispetto al fatto tipico, così come lo sono quelle che nell'ambito degli atti sessuali con minorenne oppure nel quadro di una futuribile "violenza sessuale colposa" non ammettono in ogni caso – e condivisibilmente – la rilevanza penale del compimento involontario (ma comunque controllabile: ecco perché non è una questione di mera *suitas*) degli atti sessuali.

A prescindere dall'inquadramento sistematico accolto, è la con-

---

[23] Pur ritenendo esclusa la colpevolezza dolosa in capo al soggetto che ritenga erroneamente esistente in suo favore una scriminante, non ammette che si possa parlare di «una combinazione di illecito doloso e di *colpevolezza* colposa» W. Gallas, *La struttura del concetto di illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 466 e 467, ma, a ben vedere, si tratta di una conclusione più che altro orientata dalla preoccupazione che ravvisare sussistente solo la dimensione di colpevolezza della colpa lasci credere che possa anche mancare, a monte, la «violazione di un dovere oggettivo di diligenza» (p. 466). Per questo motivo, essenzialmente, questa autorevole dottrina preferisce affermare che il comportamento punibile, sul piano normativo, «si presenta piuttosto sotto il duplice aspetto di illecito doloso e illecito colposo» (pp. 466 e 467), aggiungendo che, «poiché manca il *carattere colpevole* del dolo, la punibilità si fonda sulla commissione colposa» (p. 467). Al contempo, non si manca di riconoscere dignità dolosa a una quota dell'illecito: «La parte *dolosa* dell'illecito del fatto conserva tuttavia il suo significato laddove il dolo rilevi non come tipo di colpevolezza ma in qualità di elemento finalistico dell'azione (dolo 'naturalistico')» (p. 467).

[24] Si pensi ai classici casi di legittima difesa, in cui la reazione difensiva, anche in una prospettiva finalistica, spesso non sembra atteggiarsi esattamente allo stesso modo di chi agisca con puro *animus laedendi* o *necandi*.

statazione della natura sostanzialmente colposa – per via dell'apposizione dell'accento su una inadeguatezza cautelare; il che, evidentemente, ha implicazioni pure sul piano della *struttura*, ancorché *pro quota* – della responsabilità che può residuare a fronte della putatività della scriminante il punto di convergenza di buona parte delle impostazioni in argomento. Il limite di alcune di queste impostazioni consiste, più che altro, nel fatto che forzano la qualificazione della struttura di queste ipotesi, sbilanciandosi nel senso della loro esclusiva colposità quale unica alternativa possibile a una (altrettanto esclusiva) dolosità. In tal modo, se si ricavano indicazioni piuttosto univoche ai fini dell'individuazione del trattamento sanzionatorio proporzionato, si finisce però per appannare la fisionomia complessa dell'imputazione colpevole dell'intero fatto, persino più dei teorici della c.d. colpa impropria[25]; in termini non molto diversi rispetto all'eventuale pretesa di qualificare gli illeciti preterintenzionali come fattispecie meramente colpose.

Quanto precede vale, in particolare, per la dottrina italiana, mentre in quella tedesca, che non è vincolata da una norma come quella dell'art. 59, comma 4, c.p., la lineare conclusione poc'anzi affacciata sul "senso" del rimprovero è stata non di rado messa in discussione, soprattutto nel contesto di quelle prospettive (per lo più) finalistiche in cui, per ragioni che paiono più di politica criminale che strettamente dogmatiche, si è proceduto a una trasfigurazione di errori di fatto in altrettanti errori sul precetto, con l'effetto

[25] Persuade, al riguardo, l'analisi di M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., nota 53 delle pp. 536-538, ove, dopo aver giustamente respinto la concezione psicologica della colpa insita nelle teorizzazioni della c.d. colpa impropria, delle stesse "salva" però l'intuizione per cui potrebbe esservi un'ampia corrispondenza – l'Autore è invero più netto, parlando, forse con una punta di eccesso (ravvisabile alla luce di quanto considerato nella nota precedente e nella porzione di testo da cui essa matura), di «piena corrispondenza» – «dell'elemento intenzionale in chi agisce volendo uccidere semplicemente o volendo uccidere per difendersi» (p. 536). Il senso del discorso è che la scriminante, reale o putativa che sia, «lascia intatta la struttura del dolo di fattispecie relativo al 'fatto', come intatta lascia la rappresentazione di un evento sicuramente lesivo, ancorché lecito o scusato»; rimane comunque una differenza di significato rispetto alle ipotesi in cui rappresentazione e volontà del *Tatbestand* sono svincolate dalla scriminante, ma ciò attiene alla «colpevolezza dolosa, al giudizio sul rapporto tra 'fatto' (soggettivamente qualificato) e 'autore'» (pp. 536 e 537).

di considerare punibili a titolo di dolo anche casi di errore colposo, "risolvendo" (o forse, più plausibilmente, aggirando) il problema della frequente assenza della previsione di una corrispondente fattispecie colposa: ecco l'essenza teorica e il carattere funzionale della c.d. *strenge Schuldtheorie*, cioè la teoria «rigida»[26] o «rigorosa»[27] della colpevolezza[28].

Su tale prospettiva si tornerà a breve in termini critici; non prima, però, di aver messo a fuoco ancora meglio il "peso specifico" di dolo e colpa e le loro interrelazioni in questo contesto.

2. *L'*Appellfunktion *della realizzazione dolosa del fatto tipico*

Al riguardo, sembra opportuno rivolgere l'attenzione alle modalità di maturazione della colpa in coincidenza della realizzazione intenzionale del fatto tipico, dovendosi subito precisare che il meccanismo di edificazione della regola cautelare è in una certa misura diverso da quello che si è osservato da vicino ricostruendo la fisionomia dell'illecito preterintenzionale. Non si tratta, infatti, di focalizzare l'attenzione sulla pericolosità di un illecito doloso in funzione della prevenzione di un risultato lesivo ulteriore e più grave, il quale

[26] Così nella traduzione (a cura di Stefano Fiore) contenuta in C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 57, ove si spiega che la teoria in questione «porta il nome di 'teoria rigida della colpevolezza', perché essa considera senza eccezioni (rigidamente) come problemi di colpevolezza tutti gli errori che conducono alla supposizione di un comportamento conforme al diritto, fintanto che essi non si riferiscano, secondo il § 16 I, agli elementi del tipo di reato, e li riconduce al § 17».

[27] Questa la traduzione di G. de Vero, *Le scriminanti putative*, cit., in particolare, p. 817 (ma anche p. 825), per cui «la teoria della colpevolezza raggiunge, come già più volte anticipato, il grado di più rigorosa espressione (appunto: *strenge Schuldtheorie*) nel momento in cui rivendica la diretta sussunzione dell'ipotesi di scriminante putativa sotto il § 17 *StGB*, senza distinguere tra errore su (i limiti di) configurazione legale della causa di liceità ed errore sui rispettivi presupposti di fatto».

[28] Per una sua descrizione, si rinvia ancora al quadro sinottico di C. Roxin, *Strafrecht*, cit., p. 625, che ne segnala le radici finalistiche, in particolare nell'elaborazione welzeliana, condensata, ad esempio, in H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 164 ss.

determini la tipicità di una fattispecie più ampia, quanto, piuttosto, di verificare in quali termini possa dirsi colposo il comportamento di chi valuti erroneamente la presenza di condizioni di liceità dell'intero fatto.

Nella dottrina tedesca, si è talvolta fatto riferimento all'*Appellfunktion*[29], cioè, sostanzialmente, a una funzione di "richiamo" che dovrebbe esercitare nel soggetto agente l'integrazione volontaria del fatto tipico. Si è così sostenuto che, se un soggetto realizza di proposito – pur non necessariamente di sua libera iniziativa: si pensi ai casi di scriminante "difensiva" o comunque basata sulla costrizione – il fatto di reato, la condotta evocherebbe, pressoché automaticamente, lo spettro dell'illiceità e, quindi, (l'opportunità di) un obbligo di verifica circa la effettiva sussistenza della scriminante che, seppur (rivelatasi) non esistente, ha comunque orientato l'azione tipica[30].

Nel nostro ordinamento, pur con alcune precisazioni, una plausibile declinazione di questa logica sembra nella sostanza possibile, anche in quanto ben conciliabile con il dato positivo, in particolare pensando ai delitti contro la persona. In tale settore, chi erra sulla presenza (in realtà non tale) in suo favore di una causa di giustificazione realizza normalmente il fatto tipico con la percezione della sua carica lesiva per il bene giuridico, accompagnandosi a ciò, altrettanto regolarmente, la conoscenza dell'astratta rilevanza penale del comportamento. In altre parole, non vi è qui il problema che può porsi rispetto ai cosiddetti reati artificiali (il cui *Tatbestand* è poco pregnante in termini assiologici)[31], ma, più in generale, si invita a considerare che è comunque già il concreto atteggiarsi dei casi di scriminante putativa a implicare, di fatto, la conoscenza da parte dell'agente della norma penale, al di là di come si voglia-

[29] Tra gli scritti incentrati su tale aspetto, ad esempio, Y. Naka, *Die Appellfunktion des Tatbestandvorsatzes*, in *JuristenZeitung*, 1961, p. 210 ss.

[30] Sul punto, si veda, ad esempio, H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 168 e 169, ove richiami a Engisch e Hirsch.

[31] Nella letteratura nazionale, con ampi riferimenti all'*Appellfunktion* del *Tatbestand*, per tutti, M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., p. 58 ss. Nella dottrina tedesca, indubbio punto di riferimento in argomento è lo studio di K. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, Mohr, 1969.

no descrivere precisamente i rapporti tra quest'ultima e la norma "liceizzante"[32]: è proprio la (falsa) rappresentazione dei presupposti concreti di un (effettivamente avvertito) conflitto tra norme ciò che connota l'errore sulla causa di giustificazione di cui parla la prima parte dell'art. 59, comma 4, c.p.[33]. Del tutto plausibile, allora, sembra l'innesto su tale condizione psicologica di un obbligo di verifica – questa la connotazione modale della regola cautelare, almeno in prima battuta, per poi orientare eventualmente l'agente verso una diversa realizzazione del fatto di reato oppure nel senso di un'astensione dallo stesso – circa la reale presenza di quegli elementi tali da far prevalere la qualificazione di liceità del fatto, proprio come pare suggerire la seconda parte dell'art. 59, comma 4, c.p., che interviene appunto a disciplinare l'ipotesi del suo inadempimento.

Anche qualora non si volesse assecondare in pieno il riferimento al sofisticato meccanismo di *Appellfunktion* del *Tatbestand*[34], occor-

[32] Sul punto, avverte la necessità di una precisazione G. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1236 ss., che ripercorre il dibattito dottrinale sulla dubbia opportunità (negata infatti dallo stesso Marinucci) di riconoscere alle cause di giustificazione il carattere di norme eccezionali, piuttosto che, semplicemente, «in conflitto con le norme penali (civili, amministrative ecc.), prevalendo nel conflitto in tutto l'ordinamento» (p. 1238, ove, nella nota 156, si aggiunge che la pretesa di stabilire un rapporto regola-eccezione potrebbe implicare «il corollario innocuo, ma concettualmente fuorviante, racchiuso nell'immagine di M.E. Meyer, del "fatto" come "indizio dell'antigiuridicità"»).

[33] Il che potrebbe valere a conferire una risorsa in più al ricorso all'*Appellfunktion* nel campo delle scriminanti putative rispetto alla sua invocazione con riferimento al (solo) precetto penale. Quando la causa di giustificazione viene erroneamente pensata esistente, è normalmente quantomeno implicita, sullo sfondo, la conoscenza della norma incriminatrice – ovviamente basta anche solo una conoscenza nella c.d. sfera parallela laica – con cui quella liceizzante entra in conflitto; in misura corrispondente, sembra allora possibile estendere la validità della funzione in esame in termini non limitati ai delitti contro la persona.

[34] In merito ad alcune perplessità che l'associazione di tale funzione alla realizzazione dolosa del fatto ha suscitato, ad esempio, G. de Vero, *Le scriminanti putative*, cit., p. 825 ss., in particolare p. 825, ove si dà conto che alcune di esse «possono non risultare di per sé insormontabili». In particolare, la critica per cui in alcuni casi di scriminante contraddistinta da una necessità di autosalvaguardia, più che rafforzarsi, potrebbero paralizzarsi gli impulsi di allarme e di inibizione è superata osservando che «le questioni relative al grado d'accertabilità dei requisiti scriminanti al momento della condotta vengono talora risolte dal legislatore o dall'interprete in un contesto antecedente a quello della rilevanza putativa, come avviene quando si tratta di fissare i criteri del giudizio sotteso agli elementi di tipo progno-

rerebbe pur sempre prendere atto che, se un (quantomeno) analogo obbligo di verifica e di eventuale adeguamento della condotta dell'agente non maturasse, allora non si spiegherebbe affatto il residuare di una responsabilità colposa per l'errore sulla scriminante.

Le critiche sembrano per lo più intimamente connesse al fatto che il riferimento all'*Appellfunktion* sia stato storicamente accreditato dai finalisti, i quali se ne sono serviti particolarmente nel quadro della *strenge Schuldtheorie*, ove, come già accennato, la colpa sull'esistenza della scriminante è concepita alla stregua di una *culpa iuris*, con l'effetto di privilegiare il titolo doloso dell'imputazione. Nella misura in cui sia possibile, come sembra, dissociare la c.d. funzione di richiamo del *Tatbestand* da tali coordinate teoriche, parimenti, la si potrà depurare più facilmente dai vizi di prospettiva o comunque da quelle implicazioni per nulla necessitate in assoluto e, di fatto, in aperto contrasto con la disciplina del nostro ordinamento, la quale, altrimenti, rimarrebbe lettera morta.

Considerando da vicino alcune delle critiche che sembrano ridimensionabili, almeno nel nostro ordinamento, si può dire che non sembra possibile seguire fino in fondo l'autorevole opinione di Roxin quando egli afferma che l'insostenibilità dell'obbligo di verifica sarebbe determinata dal fatto che la violazione di per sé di tale obbligo consentirebbe di ritenere comunque punibile l'agente, persino nei casi in cui poi risulti effettivamente sussistente la causa di giustificazione[35]. Tale critica coglie nel segno più che altro nella misura in cui avversa la forzata pretesa di punire a ogni costo, peraltro a titolo di dolo, quella che viene considerata una sorta di tentativo colposo[36] (e che, sempre in tale prospettiva, sarebbe forse anche inidoneo), ma, nel nostro ordinamento, il rischio di una simile stortura sembra in ogni caso prevenuto dal tenore del comma 1 dell'art. 59 c.p., che si premura di sancire la rilevanza oggettiva delle «cause che escludono la pena», le quali «sono valutate a favore dell'agente anche se

---

stico: non sarebbe quindi corretto rinnegare o ridimensionare la *Appellfunktion* del fatto tipico in nome di un disagio di verifica, patito dall'agente, di cui presumibilmente il sistema ha già tenuto conto in sede di delineazione del profilo "effettuale" della scriminante».

[35] C. Roxin, *Strafrecht*, cit., p. 635.

[36] *Ibidem*, p. 635.

da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti»[37]. Sicché, in caso di esistenza reale e non solo putativa della scriminante, l'eventuale violazione dell'obbligo di verifica non conduce affatto a responsabilità penale, tantomeno a titolo di dolo.

Inoltre e con valenza non certo limitata al nostro ordinamento, è senz'altro condivisibile l'osservazione per cui «esistono situazioni tipicamente suscettibili di sfociare in autentica responsabilità colposa per la produzione di eventi lesivi, nelle quali l'intensità dell'allarme promanante dal contesto obiettivo d'azione è quanto meno equivalente, se non addirittura superiore al richiamo suscitato dalla realizzazione dei requisiti di una fattispecie criminosa in presenza di un apparente contesto di liceità»[38]. Il punto è che l'errore sta a monte, cioè risiede nell'affermare che l'appello all'uso di particolare scrupolo sia indissolubilmente legato alla sola realizzazione dolosa di un fatto tipico; ma la opportuna presa d'atto di tale vizio di prospettiva non deve risolversi nell'avallo dell'eccesso opposto, consistente nel negare che la funzione in questione possa ben ipotizzarsi (non certo soltanto, ma) *anche* in coincidenza (e per effetto) della realizzazione di un fatto doloso.

Del resto, a più riprese nelle pagine di questa trattazione, si è

[37] È controversa la possibilità di ammettere deroghe di fatto alla regola della generale rilevanza oggettiva delle scriminanti anche se solo nei casi di (e in misura corrispondente alla) particolare strutturazione della specifica causa di giustificazione, che può ben fare leva su elementi "soggettivi", come nel caso della legittima difesa e dello stato di necessità, basate sull'elemento della costrizione, che, secondo alcune letture, comporterebbe una sorta di causalità psicologica. In argomento, su posizioni differenti, ad esempio, C.F. Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 237 ss.; Id., *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 113 ss.; G. Spagnolo, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, Cedam, 1980; F. Schiaffo, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1003 ss.; Id., *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, Jovene, 1998, p. 168 ss.; F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 321 ss.; F. Bellagamba, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 495 ss.; Id., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 333 ss.; M. Mantovani, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione*, cit., p. 72 ss. Sugli «elementi "soggettivi" essenziali delle cause di giustificazione», da ultimo, F. Diamanti, *Scriminanti incomplete*, cit., p. 350 ss.

[38] G. de Vero, *Le scriminanti putative*, cit., p. 826.

fatto riferimento all'*Anlaß*, che, dietro un'espressione diversa, cela una realtà ampiamente coincidente: si tratta infatti dell'«occasione», che, in non pochi casi, vale ad attivare concretamente e a specificare l'atteggiarsi dell'obbligo di osservanza della regola cautelare. Tra questi casi, si sono fatti esempi di responsabilità puramente colposa e altri di imputazione colpevole differenziata, da ultimo nell'ambito dei reati sessuali, ove la prospettiva di relazionarsi sessualmente con una persona di giovane età rende senz'altro necessaria la verifica del dato anagrafico.

3. *L'*interpretatio abrogans *dell'art. 59, comma 4, c.p. da parte della giurisprudenza: lo svilimento della logica di sussidiarietà della punibilità per colpa tra prevenzione generale e "retribuzione sproporzionata". Un onere probatorio sostanzialmente ripartito?*

Una volta assodata la possibilità di emancipare l'*Appellfunktion* del fatto tipico dalle maglie della *strenge Schuldtheorie*, a maggior ragione non si giustifica la posizione della giurisprudenza italiana ormai consolidata, che propone una sorta di *interpretatio abrogans* dell'art. 59, comma 4, c.p., dimostrando così di non riuscire a resistere alla tentazione generalpreventiva e in un certo senso anche retributiva che promana dalla versione più inflessibile della teoria della colpevolezza.

Che nell'approccio giurisprudenziale in questione si possa ravvisare una venatura retributiva sembra dimostrato dal fatto che si pretende di sostituire il dato normativo, in patente violazione del principio di legalità – in quest'ottica può forse parlarsi di *ultra-retribuzione* – affermando come indefettibile la responsabilità in coincidenza di ogni ipotesi (salva quella della scriminante in realtà esistente, per le ragioni poc'anzi illustrate) di violazione dell'obbligo di verifica, richiedendo sempre che l'errore non sia semplicemente effettivo, ma anche «ragionevole» oppure «giustificato»[39]. Ciò determina una capillare *responsabilizzazione* dell'agente, inducendolo, dietro

[39] Si rinvia alle pronunce che verranno citate a breve nelle pagine sulla scriminante putativa dell'esercizio del diritto di cronaca rispetto alla diffamazione e in quelle sulla legittima difesa.

minaccia di pena e senza eccezioni, a un approccio "cauto" alla realizzazione del fatto di reato (dimostrando peraltro, ancora una volta, la possibilità di far convivere in concreto regole cautelari ed esecuzione dolosa del medesimo fatto): ecco, quindi, anche il volto generalpreventivo di un simile argomentare.

Per tale via si profila una sorta di "civilizzazione" dell'illecito penale, il quale tende infatti a smarrire quei connotati caratterizzanti che si rinvengono nella logica di *extrema ratio* e, in termini correlati, di sussidiarietà della responsabilità colposa, che, nel nostro ordinamento, vale almeno per i delitti. Proprio con riferimento a quest'ultima, non sembrano esagerate le preoccupazioni di chi ritiene che ammettere una generale intransigenza nei confronti dell'errore colposo sulle scriminanti significherebbe, nella sostanza, rimettere in discussione la selezione dei criteri di imputazione colpevole operata a monte dal legislatore per ciascun reato (*rectius*: delitto)[40].

A ben vedere, è lo stesso legislatore che svela nemmeno troppo implicitamente il "tradimento" che tale operazione determinerebbe nella misura in cui avverte il bisogno di precisare che la putatività della scriminante può condurre a responsabilità penale solo nella misura in cui sia stata prevista la versione colposa del reato, mentre una diversa posizione è stata altrettanto chiaramente assunta dalla

[40] A. Cavaliere, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 521 ss., in particolare p. 523, dove, dopo aver constatato che il legislatore, pur potendolo teoricamente fare, non ha previsto la versione colposa di furto, truffa, violazione di domicilio e violenza sessuale (menzionati a titolo meramente esemplificativo), si offre la seguente efficace spiegazione: «Se ciò non avviene, è perché il legislatore non ritiene necessaria una protezione così avanzata dei beni giuridici, attuando i principi di frammentarietà e di *extrema ratio*, che concorro ad individuare il tipo di illecito meritevole e bisognoso di pena, anche sul piano della fattispecie soggettiva». È evidente come la prospettiva di questa dottrina ambisca a una certa generalizzazione e non dipenda in maniera strettissima dal dettaglio normativo nazionale, così come si deduce dal fatto che il ragionamento risulta sviluppato prendendo in considerazione (p. 521) la proposta mediatrice rispetto alla *strenge Schuldtheorie* di un autorevole sostenitore tedesco della teoria degli elementi negativi del fatto: K. Engisch, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen. Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958, p. 609 ss., pronunciatosi, appunto, nel senso di prevedere la generale rilevanza penale a titolo di colpa (non di dolo) dell'errore colposo sulla scriminante (con particolare riferimento allo stato di necessità).

legge rispetto all'errore sul precetto, in particolare se si pensa alla versione originaria dell'art. 5 c.p.; ma anche dopo l'intervento "correttivo" della "Consulta" del 1988 non vi è dubbio che l'assetto normativo comunque attribuibile al codice Rocco consideri (e imponga all'interprete di considerare) le due tipologie di errore in termini differenti.

Mantenendo aderenza a quanto si è detto finora nel corso di questa trattazione, in particolare nei passaggi sull'interpretazione conforme a Costituzione degli istituti penalistici, ne deriva che nemmeno se si ritenesse il carattere di ragionevolezza dell'errore un corollario imprescindibile di un diritto penale (esso stesso) ragionevole si potrebbe procedere a una soluzione in via interpretativa come quella ormai affermatasi nel c.d. diritto vivente, perché si tratta di uno di quei casi in cui il dato letterale non lascia spazio alla lettura alternativa (che dovrebbe peraltro necessariamente essere la sola) ritenuta costituzionalmente legittima; con l'implicazione che o si chiama in causa la Corte costituzionale e si riesce a ottenere una declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 59, comma 4, c.p., nella misura in cui subordina la punibilità alla previsione legislativa della versione colposa dell'illecito, oppure si accetta la scelta legislativa vigente, restituendole finalmente il ruolo regolativo che la stessa si era chiaramente ritagliato.

A proposito di interpretazione conforme a Costituzione, non sembra rappresentare esattamente una deliberata adesione alla *strenge Schuldtheorie* la pronuncia della "Consulta" del 2007 relativa all'art. 609-*sexies* c.p., a cui si è poi (fin troppo) uniformato il legislatore nel 2012, che ha peraltro esteso la stessa disciplina anche al nuovo art. 602-*quater* c.p., come già ampiamente considerato in questa trattazione. Effettivamente, la Corte costituzionale non ha censurato completamente la disposizione codicistica sotto giudizio in quanto ha dichiaratamente tenuto conto proprio del rischio di provocare indesiderabili vuoti di tutela in ragione dell'assenza, tra i reati sessuali, di fattispecie tipizzate come colpose; fattispecie la cui necessità, ai fini della punibilità, sarebbe dipesa da una "riespansione" della disciplina generale dell'art. 47 c.p. È innegabile anche come sia stato impiegato un linguaggio fortemente evocativo della di-

sciplina sul precetto escludendo la responsabilità penale solo in casi di inevitabilità dell'errore e che coerente con ciò appaia persino la controversa assimilazione di pena tra ipotesi di consapevolezza dell'età sotto soglia e casi di errore colposo sull'età stessa.

Occorre tuttavia considerare che nel caso dell'art. 609-*sexies* c.p., al di là del rilievo che potrebbe suonare formale per cui il "terreno di gioco" era quello della tipicità, si trattava essenzialmente di adeguare un'ipotesi di responsabilità oggettiva al livello minimo di imputazione colpevole, cioè quello colposo, procedendo quindi in una direzione opposta, in un certo senso "ascendente" – si ricorderà che si è qui già parlato, al riguardo, di «progressione» della colpa – rispetto a quella che pretende di "calare" il dolo anche in situazioni che esprimono una colpevolezza di segno diverso. Pertanto, al di là delle pur suggestive apparenze e delle sostanziali convergenze di disciplina, non sembra possibile seguire la tesi dottrinale che ritiene di poter ricavare dall'esperienza relativa all'*error aetatis* un argomento significativo (quantomeno una conferma) per concludere nel senso della «preferibilità politico-criminale della *strenge Schuldtheorie*»[41]. Tanto è vero che la rigida parificazione sanzionatoria rimasta oggi in piedi nell'ambito dei reati sessuali e che ricorda le implicazioni della versione più inflessibile della teoria della colpevolezza è proprio uno dei punti su cui la presente trattazione si è pronunciata in termini maggiormente critici.

Tornando alle scriminanti putative, se quella percorsa dalla giurisprudenza è l'unica strada, per quanto illegittima, per arrivare alla condanna quando la punibilità è prevista dalla legge solo a titolo di dolo, non va sottaciuto che tra i costi da pagare alla pretesa di coerenza dell'impostazione qui criticata vi è quello di spingersi a punire per dolo anche laddove sia prevista pure la corrispondente fattispecie colposa, come nel caso della legittima difesa rapportata ai delitti di omicidio o lesioni personali. In altre parole, il non soddisfacente adempimento dell'obbligo di controllo determina un radicale schiacciamento sulla responsabilità dolosa e, in concreto, una costante equiparazione di pena tra colpevolezza dolosa e colpevolez-

[41] Così, invece, M. Mantovani, Exceptio veritatis *e scriminante putativa del diritto di cronaca*, cit., p. 102.

za colposa, con buona pace, sul piano sanzionatorio, del principio di proporzione e di quelli a esso collegati, nei termini di cui in generale e in settori specifici, come quello dei reati sessuali, già si è dato conto. Nella misura in cui essa entra in cortocircuito con le logiche di proporzione, che di solito ne rappresentano la dimensione di garanzia, evidentemente si tratta di retribuzione in una delle sue accezioni più negative e al limite dell'ossimoro.

Quanto alla prova dell'errore sulla scriminante, un approccio equilibrato suggerirebbe di distinguere il più possibile tra prova dell'esistenza dell'errore e convincimento circa la sua colposità. Quando la giurisprudenza richiede che l'errore sia ragionevole, procederebbe in termini ancora accettabili se tale criterio venisse impiegato in giudizio per far superare alla versione dei fatti offerta dall'imputato una soglia minima di credibilità: l'errore rilevante per accedere alla disciplina della scriminante putativa dovrebbe essere appunto definito «credibile», più che ragionevole. Modificando in questo senso la terminologia, il carattere di ragionevolezza dell'errore potrebbe allora ritagliarsi spazi autonomi, rivelandosi pertinente ai fini di un separato giudizio di (non) colposità dell'errore stesso, rilevando cioè per la residua responsabilità penale per delitto colposo, laddove previsto[42].

Questo lineare modo di procedere viene invece apertamente rifiutato dalla giurisprudenza, come è già sostanzialmente emerso. Non si tratta tanto di obiettare che la distinzione tra credibilità e ragionevolezza dell'errore tiene più in astratto che in concreto: in tal senso, è senz'altro immaginabile la tentazione di giudicare automaticamente colposo l'errore non credibile, alimentando una (certamente non assecondabile) semplificazione dell'accertamento della colpa. L'allontanamento di ogni equivoco al riguardo avviene invece trasformando in termini ulteriormente diversi quello che potrebbe plausibilmente essere (anche solo) un criterio probatorio in una precisa regola di diritto penale sostanziale, la quale finisce peraltro

[42] In senso analogo, tra le monografie più recenti in tema di dolo, P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo*, cit., p. 230 ss., in particolare p. 237: «se il riferimento alla ragionevolezza opera in modo valutativo, tale utilizzo comporta una aperta violazione dell'art. 59, comma 4, c.p.; se, invece, è utilizzato in chiave gnoseologica esso non è nient'altro che l'altra faccia dell'accertamento del dolo».

per operare apertamente *contra legem*. Detto più esplicitamente, la posizione consolidata in giurisprudenza è quella per cui un errore, ancorché credibile e magari effettivamente creduto, se irragionevole dal punto di vista di un osservatore esterno, non fonderebbe un'eventuale responsabilità colposa a condizione che sia prevista specificamente dalla legge, ma, al contrario, sancirebbe la più radicale impossibilità di qualificare come normativamente putativa la causa di giustificazione.

In questi termini, è evidente che la giurisprudenza dimostra di non incappare affatto in un mero equivoco terminologico sull'espressione «ragionevole», ma esprime, piuttosto, la pretesa di dettare una politica criminale alternativa rispetto a quella chiaramente riconoscibile nel testo dell'art. 59, comma 4, c.p.[43].

A questo quadro si aggiunga anche che viene normalmente posto a carico dell'imputato l'onere di dimostrare non solo l'errore ma pure di aver fatto il possibile per decifrare correttamente la realtà fraintesa. Al riguardo, talvolta sembra di percepire un certo imbarazzo a parlare di inversione dell'onere della prova e si ritiene dunque più opportuno fare riferimento a un onere di «allegazione»[44], ma con l'analogo risultato di mettere comunque a rischio il pieno rispetto dell'art. 530, comma 2, c.p.p., per il quale un dubbio sulla colpevolezza dovrebbe imporre l'assoluzione dell'imputato[45]. In merito, si può infatti concludere nel senso che, se è comprensibile che l'imputato non si possa limitare alla mera invocazione della scriminan-

[43] Decisamente critico è V. De Francesco, *Il 'modello analitico' fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 109 ss., in particolare, p. 111, riferendosi proprio all'errore «irragionevole», definito un «*tertium genus*» di errore: «Quel criterio viene definito dalla giurisprudenza *obiettivo*, essendo costruito a prescindere dalle condizioni personali dell'agente. Ma oltre le ingannevoli apparenze create da un simile passaggio argomentativo, è vero esattamente il contrario: di *oggettivo* c'è solo il dato psichico di un'erronea rappresentazione che resta – in quanto *dato psicologico* – univocamente ed empiricamente descrivibile qualunque ne sia l'origine; *arbitrario* è tutto il resto, in particolare la *valutazione* che se ne vuole *normativamente* operare dando luogo ad un procedimento *ascrittivo* (si *ascrive* all'agente a titolo di dolo un fatto che *descrittivamente* doloso non può essere)».

[44] Sul punto, si veda, ad esempio, M. Caputo, *Art. 59*, cit., p. 21.

[45] F. Viganò, *Art. 59. A) Circostanze che escludono la pena*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, 4ª ed., I, cit., pp. 1190 e 1191.

te putativa, ma si debba sforzare di rendere minimamente credibile l'errore, il resto dovrebbe essere compiuto dall'accusa alla quale altrimenti verrebbe davvero sottratto l'obbligo di provare la colpevolezza: nella sostanza, sembra in ogni caso realistico parlare di *ripartizione* dell'onere della prova[46].

Quali ambiti più significativi in cui osservare *in action* lo sviluppo degli aspetti problematici finora considerati si possono certamente privilegiare quello della diffamazione a mezzo stampa in relazione alla scriminante putativa dell'esercizio del diritto di cronaca e, in seguito, il problematico rapportarsi della legittima difesa erroneamente supposta ai delitti di lesioni personali e omicidio; da lì risulterà più agevole concludere questo itinerario dedicando qualche cenno all'eccesso colposo, che, appunto, si configura in particolar modo con riferimento alla legittima difesa.

4. *La diffamazione a mezzo stampa e l'obbligo di controllo della verità della notizia nel contesto dell'esercizio del diritto di cronaca*

Come è noto, l'art. 595 c.p. disciplina il delitto di diffamazione, concependolo come un'offesa della reputazione altrui realizzata comunicando con più persone in assenza dell'interessato. Per esplicito riconoscimento codicistico, può aversi anche una diffamazione a mezzo stampa (comma 3 e, in funzione di disciplina, art. 596-*bis* c.p.), per cui è previsto un trattamento sanzionatorio più severo di quello per la fattispecie basilare, alla luce della maggior diffusività dell'offesa quando veicolata da un organo di stampa[47].

[46] Per i civilisti, il concetto di ripartizione dell'onere della prova non è affatto sconosciuto e potrebbe in ogni caso ricavarsi dalle disposizioni dell'art. 2697 c.c. Nel contesto processuale penale, l'idea che debba essere l'accusa a provare la colpevolezza non sembra ammettere eccezioni, ma le sfumature sono in realtà tali da suggerire un meno netto giudizio conclusivo. In argomento, per una ricognizione del dibattito e anche per simili conclusioni, di recente, F. Caporotundo, *Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale*, in *Giur. Pen.*, 2017, n. 1 (web), in particolare pp. 2 ss. e 23 s.

[47] Per un inquadramento generale della fattispecie, tra i contributi più recenti, E. Mattevi, *Art. 595*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 2340 ss., a cui si rinvia anche

È persino intuitivo che l'attività giornalistica, la quale si compendia in una serie di diritti e doveri di informazione, sullo sfondo del riconoscimento costituzionale della libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), possa facilmente entrare in tensione con la tutela penale dell'onore e della reputazione altrui[48]: è ciò che avviene ogni volta che il soggetto o i soggetti – può trattarsi anche di persone giuridiche[49] – oggetto dell'informazione siano richiamati in termini di discredito.

Si tratta, dunque, di procedere a un bilanciamento di interessi che premono in direzioni contrapposte ed è quindi ben plausibile, in questo quadro, il riferimento al concetto di causa di giustificazione, in particolare all'esercizio del diritto di cronaca (ma anche a quello di critica), riconducibile allo schema generale dell'art. 51, comma 1, c.p.[50]. Al riguardo, la giurisprudenza ha da tempo consolidato il proprio orientamento incentrato su una triade di condizioni che devono cumulativamente sussistere per rendere giustificata la divulgazione della notizia diffamatoria: la verità della notizia, un interesse pubblico alla sua conoscenza e la continenza dei

per gli opportuni riferimenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali, particolarmente utili pure per comprendere la complessa regolamentazione specifica dei fatti di diffamazione commessi attraverso il mezzo televisivo o radiofonico oppure ancora su internet (p. 2356 ss.). Rispetto a quest'ultima ipotesi, negli ultimi anni non sono mancate autorevoli prese di posizioni in giurisprudenza: Cass. pen., Sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 1041 («La testata giornalistica telematica, in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale, rientra nel concetto ampio di 'stampa' e soggiace alla normativa, di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l'attività d'informazione professionale diretta al pubblico»), con commento di G. Corrias Lucente, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla "giurisprudenza legislativa"*, p. 1041 ss.

[48] Nella prospettiva di concepire quali diritti fondamentali quelli coinvolti, sembra opportuno menzionare i parametri di riferimento della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tra cui spiccano gli artt. 8 («Diritto al rispetto della vita privata e familiare»), 9 («Libertà di pensiero, di coscienza e di religione») e 10 («Libertà di espressione»).

[49] Lo conferma, tra le ultime, Cass. pen., Sez. V, 10 gennaio 2017, n. 16612, in *DeJure*.

[50] Tra i contributi in tema, in termini generali, uno dei punti di riferimento è indubbiamente A. Lanzi, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, in particolare pp. 74 ss. e 81 ss., ove riferimenti alla scriminante putativa dell'esercizio del diritto di cronaca.

toni nel riferirla[51], facendo eco a una teorizzazione riconducibile a Pietro Nuvolone[52].

Se questi sono i presupposti applicativi della scriminante invocabile dal giornalista, una erronea rappresentazione della loro esistenza nel caso concreto, risolvendosi normalmente in un errore fattuale e non giuridico, dovrebbe escludere senza particolari problemi la punibilità o, più esattamente, la responsabilità dolosa per il fatto; il che, qui, sarebbe la stessa cosa, visto che una versione colposa del delitto di diffamazione non è stata tipizzata. Così, almeno, dovrebbe essere alla luce della formulazione dell'art. 59, comma 4, c.p., senonché, anche in relazione alla diffamazione, trova applicazione costante la prassi giurisprudenziale nel senso che la mera putatività della causa di giustificazione non vale a escludere la responsabilità dolosa.

Tra i tre requisiti menzionati, quello su cui fa perno il processo di trasformazione della diffamazione da delitto doloso a parzialmente colposo è quello della verità della notizia[53], di particolare delica-

---

[51] In questi termini, si esprimono costantemente sia le Sezioni penali che quelle civili (in relazione a cause risarcitorie) della Corte di legittimità. Tra le più recenti in questo senso, Cass. pen., Sez. V, 30 novembre 2018, n. 2092, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3520 ss. (di cui si veda il punto 2 del «Considerato in diritto», praticamente nelle righe di esordio delle motivazioni: «Va, in via generale, premesso come in tema di esimenti del diritto di critica e di cronaca, la giurisprudenza di questa Corte si esprima ormai in termini consolidati in riferimento ai requisiti caratterizzanti il necessario bilanciamento dei valori in conflitto, individuandoli nell'interesse sociale, nella continenza del linguaggio e nella verità del fatto narrato»), con commento di M. Alesci, *Rilievi sul delitto di diffamazione e sul valore scriminante della critica*, p. 3523 ss.; Cass. civ., Sez. III, 11 aprile 2019, n. 27592 (incentrata sul requisito della continenza verbale), in *DeJure*.

[52] P. Nuvolone, *Reati di stampa*, Milano, Giuffrè, 1951.

[53] Per una ricognizione critica del dibattito sul concetto di verità, con tanto di precisi riferimenti ai contributi dottrinali più risalenti, si veda A. Manna, *Il diritto di cronaca, di critica e di denuncia e la diffamazione. Gli "arresti giurisprudenziali"*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3608, il quale, pur rifiutandone una concezione puramente oggettiva (proponendo, al riguardo, un parallelismo con la c.d. verità processuale, che non potrebbe essere equiparata alla c.d. verità storica), cerca di tracciare una senz'altro necessaria linea di confine tra livello oggettivo di verità e sua percepibilità, quindi tra l'oggetto di colpevolezza e la colpevolezza stessa: «se il diritto di cronaca ha natura di causa di giustificazione, la verità non può, però, scadere nella c.d. verosimiglianza, perché quest'ultima, oppure la serietà e la credibilità, per altro verso, potranno al più valere per dimostrare la serietà del cronista»; con la coerente precisazione che «se ve-

tezza in un'epoca in cui sembra prendere piede sempre più il fenomeno delle *fake news*[54]. La declinazione dell'orientamento "matrice" in tema di scriminanti putative, che richiede che l'errore sia ragionevole, conduce qui a esigere che il soggetto che invoca la scriminante putativa abbia rispettato un obbligo di controllo della notizia stessa e della sua fonte, assicurandosi il più possibile della genuinità dell'informazione pubblicata[55]. Assai rare sono le eccezioni, cioè le

---

ramente la verosimiglianza potesse valere dal punto di vista oggettivo al posto della verità, si dovrebbe ammettere la scriminante addirittura quando l'autore della cronaca o il direttore del periodico versano in dolo, perché sanno che la notizia, assai verosimile, perché passata dalle agenzie, magari nel caso concreto non corrisponde al vero».

[54] In argomento, ad esempio, C. Perini, Fake news *e post-verità. Tra diritto penale e politica criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2017; E. Fronza, *Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2018, per uno strutturato inquadramento del problema quanto, in particolare, ai suoi rapporti con la ricostruzione della storia; specialmente p. 157 ss., ove un bilancio sul ruolo e soprattutto i limiti del diritto penale; M. Fumo, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *Riv. dir. med.*, 2018, pp. 83 ss. e 88 s., ove una riflessione critica sul d.d.l. S. n. 2688, presentato il 7 febbraio 2017 dalla sen. Adele Gambaro (e altri) e intitolato «Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione *online*, garantire la trasparenza sul *web* e incentivare l'alfabetizzazione mediatica», che ambisce, peraltro, a introdurre nel codice penale 3 nuovi articoli (265-*bis*, 265-*ter* e 656-*bis*) con altrettante fattispecie incriminatrici; A. Costantini, *Istanze di criminalizzazione delle* fake news *al confine tra tutela penale della verità e repressione del dissenso*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2019, p. 60 ss.; da ultimo, T. Guerini, Fake news *e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, Giappichelli, 2020.

[55] Come accennato, si tratta di un orientamento che trova costanti conferme (tra le ultime, Cass. pen., Sez. V, 17 ottobre 2019, n. 48077, in *DeJure*: «La scriminante putativa dell'esercizio del diritto di cronaca è configurabile solo quando, pur non essendo obiettivamente vero il fatto riferito, il cronista abbia assolto all'onere di esaminare, controllare e verificare l'oggetto della sua narrativa, al fine di vincere ogni dubbio»; in altre parole, «L'errore sulla verità del fatto non deve essere quindi frutto di negligenza, imperizia o comunque colpa non scusabile»), ma che risulta accreditato da tempo, anche da parte di precedenti autorevoli: ad esempio, Cass. pen., Sez. un., 30 giugno 1984, n. 8959, in *Foro it.*, 1984, II, c. 531 ss., con commento critico di G. Fiandaca, *Nuove tendenze repressive in tema di diffamazione a mezzo stampa?*, c. 532 ss.

Tra coloro che sottolineano l'assonanza di tale orientamento giurisprudenziale con la *strenge Schuldtheorie*, G. de Vero, *Le scriminanti putative*, cit., pp. 778 ss. e 821; M. Pierdonati, *Accertamento del dolo e responsabilità "senza prova" nella struttura della diffamazione*, Roma, Aracne, 2008, p. 163 ss., che nell'intera trattazione insiste sulla critica delle deformazioni e semplificazioni processuali del dolo

pronunce che dimostrano pieno ossequio alla disciplina positiva delle scriminati putative[56].

Che non si possa trattare di un controllo qualsiasi, anche superficiale, e che quindi la verifica debba essere compiuta con particolare scrupolo è stato confermato di recente, giudicando insufficiente il reperimento di dati da enciclopedie online come *Wikipedia*, che, se può rappresentare una valida fonte per il reperimento di informazioni di carattere informale da parte della collettività, non può invece soddisfare – questo è il cuore del ragionamento della Corte di legittimità – l'obbligo di controllo spettante in capo a professionisti dell'informazione o soggetti a essi equiparati sul piano deontologico; obbligo ritenuto da adempiersi in termini direttamente proporzionali all'"intensità" diffamatoria dei fatti attribuiti[57].

---

dell'illecito di diffamazione; M. Mantovani, Exceptio veritatis *e scriminante putativa del diritto di cronaca*, cit., p. 99.

[56] Tra queste eccezioni, Cass. pen., Sez. V, 8 aprile 2003, n. 22869, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 471 ss. (così massimata: «Poiché, secondo il disposto dell'art. 59 comma 4, del c.p., l'errore colposo sulla causa di giustificazione esclude la colpevolezza quando il reato contestato non è punibile a titolo di colpa, ne consegue che non è punibile per l'esercizio putativo del diritto di cronaca, pur determinato da colpa (nella specie, la colpa era stata ravvisata nella veridicità della notizia), il giornalista chiamato a rispondere del reato di diffamazione, trattandosi di reato punibile solo a titolo di dolo»), con commento di A. Gullo, *La Cassazione e i mutamenti genetici del reato di diffamazione a mezzo stampa*, p. 473 ss., in particolare, pp. 477 e 478, ove si coglie l'occasione per denunciare il punto critico dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario, rispetto al quale la sentenza annotata è definita «un vero e proprio momento di rottura»: «il giornalista che, nell'accertare la verità della notizia, non si sia attenuto al grado di diligenza richiesto, viene in quest'ottica a rispondere a titolo di diffamazione (reato notoriamente doloso), in presenza di un atteggiamento tutt'al più colposo».

[57] Cass. pen., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 38896, in *DeJure*, così massimata: «In tema di diffamazione a mezzo stampa o mediante pubblicazioni di tipo giornalistico "on line", ai fini della configurabilità della scriminante putativa del diritto di cronaca o di critica, non è sufficiente, ai fini dell'adempimento dell'onere di verifica dei fatti riportati e delle fonti, la consultazione dei più noti motori di ricerca e dell'enciclopedia web "Wikipedia", trattandosi di strumenti inidonei a garantire la necessaria completezza informativa (Fattispecie relativa all'erronea attribuzione alla persona offesa del coinvolgimento nella strage di Bologna del 1980, nel contesto di una pubblicazione che ne descriveva il profilo politico e l'appartenenza alla "destra eversiva")». Quanto alla proporzionalità dell'obbligo di verifica, sembra utile richiamare direttamente un passaggio delle motivazioni (punto 3 del «Considerato in diritto»): «la gravità delle condotte attribuite o ricollegate al soggetto diffamato individua la cifra anche del connesso onere di verifica delle fonti dalle quali si trae la notizia diffamatoria: è chiaro, pertanto, che se si organizza un racconto giornalistico in maniera tale da accettare il rischio che un deter-

Quest'ultima precisazione ricorda peraltro il più volte citato appello della Corte costituzionale, in tema di *error aetatis* nei reati sessuali, alla messa in pratica di «un "impegno" conoscitivo proporzionale alla pregnanza dei valori in giuoco», che per talune prese di posizione della giurisprudenza potrebbe declinarsi in concreto in termini leggermente diversi con riferimento al diritto di critica[58], ma con l'implicazione, comunque, che in caso di impossibilità di una verifica adeguata dovrebbe imporsi l'astensione dalla pubblicazione, come ribadito altrettanto di recente[59].

Il riferimento fatto poc'anzi alla dimensione deontologica dell'at-

---

minato soggetto possa essere messo in relazione con un episodio delittuoso gravissimo e quasi senza pari nel panorama criminale del Paese, tanto più l'articolista narrante deve innalzare il livello delle verifiche "di verità" di quanto espone, non potendosi limitare a citare di essersi documentato via internet in qualsiasi modo là dove ometta, invece, una porzione determinante della vicenda quale è la totale esclusione – già come ipotesi investigativa – del coinvolgimento di tale soggetto in quel reato».

[58] Cass. pen., Sez. V, 19 novembre 2018, n. 3148, in *Guida dir.*, 2019, 25, pp. 88 e 89: «Il diritto di critica si concretizza in un giudizio valutativo che postula l'esistenza del fatto assunto a oggetto o spunto del discorso critico e una forma espositiva non ingiustificatamente sovrabbondante rispetto al concetto da esprimere, e, conseguentemente, esclude la punibilità di coloriture e iperboli, toni aspri o polemici, linguaggio figurato o gergale, purché tali modalità espressive siano proporzionate e funzionali all'opinione o alla protesta, in considerazione degli interessi e dei valori che si ritengono compromessi. In questa prospettiva, il rispetto della verità del fatto assume, in riferimento all'esercizio del diritto di critica politica, un rilievo più limitato e necessariamente affievolito rispetto al diritto di cronaca, in quanto la critica, quale espressione di opinione meramente soggettiva, ha per sua natura carattere congetturale, che non può, per definizione, pretendersi rigorosamente obiettiva e asettica. Mentre nella valutazione del requisito della continenza, necessario ai fini del legittimo esercizio del diritto di critica, si deve tenere conto del complessivo contesto dialettico in cui si realizza la condotta e verificare se i toni utilizzati dall'agente, pur aspri e forti, non siano gravemente infamanti e gratuiti, ma siano, invece, comunque pertinenti al tema in discussione (fattispecie in cui la Corte ha escluso la configurabilità del reato di diffamazione rispetto a un post pubblicato su un *social network* – contenente una critica a un'attività commerciale – che, pur caratterizzato da toni aspri e polemici, non era risultato trasmodare in una immotivata aggressione *ad hominem*)». Per una comparazione della giurisprudenza sul diritto di cronaca e sul diritto di critica, A. Manna, *Il diritto di cronaca, di critica e di denuncia e la diffamazione*, cit., p. 3600 ss.

[59] Cass. pen., Sez. V, 8 novembre 2018, n. 3132, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3952: «In tema di diffamazione a mezzo stampa, non sussiste l'esimente del diritto di cronaca, anche sotto il profilo putativo, allorché sia impossibile per il giornalista realizzare il controllo del fatto riferitogli in modo irrituale, a causa della inaccessibilità delle fonti di verifica, coincidenti con gli organi e gli atti dell'indagine giu-

tività sembra pertinente, in quanto proprio nel «Testo unico dei doveri del giornalista» (Approvato dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti il 27 gennaio 2016)[60] si trovano chiare tracce di un obbligo sostanzialmente cautelare circa la verità delle informazioni divulgate quale valore fondamentale, corroborato dall'obbligo successivo di rettifica in caso di errore. Già nell'art. 1, si fa rinvio alla disciplina dell'art. 2, l. 3 febbraio 1963, n. 69, di cui è significativa la prima parte: «È diritto insopprimibile dei giornalisti la libertà d'informazione e di critica, limitata dall'osservanza delle norme di legge dettate a tutela della personalità altrui ed è loro obbligo inderogabile il rispetto della verità sostanziale dei fatti, osservati sempre i doveri imposti dalla lealtà e dalla buona fede. Devono essere rettificate le notizie che risultino inesatte e riparati gli eventuali errori».

Negli artt. 3 e 9 del testo unico ora in considerazione si trova la declinazione di dettaglio di tali affermazioni di principio. Così, nell'art. 3, tra i «Fondamenti deontologici», si prevede che il giornalista «difende il diritto all'informazione e la libertà di opinione di ogni persona; per questo ricerca, raccoglie, elabora e diffonde con la maggiore accuratezza possibile ogni dato o notizia di pubblico interesse secondo la verità sostanziale dei fatti» (lett. a). Nell'art. 9, dedicato ai «Doveri in tema di rettifica e di rispetto delle fonti», si insiste nell'affermare che il giornalista «controlla le informazioni ottenute per accertarne l'attendibilità» (lett. d) e «rettifica, anche in assenza di specifica richiesta, con tempestività e appropriato rilievo, le informazioni che dopo la loro diffusione si siano rivelate inesatte o errate» (lett. a).

Come già prospettato in termini generali nel paragrafo precedente, la forzatura della giurisprudenza sembra risiedere nella pretesa di far seguire indefettibilmente alla violazione di un obbligo deontologico di natura indubbiamente cautelare la responsabilità penale dell'autore del fatto diffamatorio, come se quella del diritto di cronaca operasse quale «scriminante a rischio consentito»; ipotesi in-

diziaria, giacché tale inaccessibilità, lungi dal comportare l'esonero dall'obbligo di controllo, implica la non pubblicabilità della notizia».

[60] Il testo è consultabile nel sito internet dell'Ordine dei Giornalisti, in particolare all'indirizzo *www.odg.it/testo-unico-dei-doveri-del-giornalista/24288*.

dagata a fondo soprattutto dalla dottrina italiana attenta al dibattito maturato in seno a quella tedesca[61], ma che, nel nostro ordinamento, *de iure condito*, non potrebbe essere accreditata senza contrapporsi frontalmente alla *ratio* di una disciplina come quella dell'art. 59, comma 4, c.p., che, nell'ambito in questione, guida immediatamente a prendere atto che il legislatore ha previsto soltanto una responsabilità dolosa per il delitto di diffamazione.

Per via giurisprudenziale, aggirando il dato legale e proponendo anche qui un sostanziale accollamento dell'onere della prova all'imputato[62], si viene dunque a profilare una fattispecie a imputazione colpevole differenziata, che richiede il dolo rispetto al fatto tipico, ma la cui effettiva punibilità dipende anche e soprattutto dal fatto che l'invocazione della scriminante (putativa) dell'esercizio del diritto di cronaca sia supportata o meno dall'adempimento di un obbligo cautelare sul requisito della verità dell'informazione veicolata.

La constatazione non suona oggi del tutto originale, ad esempio confrontandola con quella di autorevole dottrina pronunciatasi sul punto più di mezzo secolo addietro ravvisando l'affermarsi di «una fattispecie mista ed equivoca dal punto di vista dell'elemento soggettivo, sotto cui spesso ricadono, indifferentemente, fatti dolosi e meramente colposi»[63]. La peculiarità del punto di vista al centro della trattazione in corso è però quella di non ritenere obbligato quali-

[61] In particolare, G. DE VERO, *Le scriminanti putative*, cit., p. 778 ss., che osserva come, nella prospettiva della scriminante a rischio consentito, per effetto del rispetto dell'obbligo di controllo così come di una valutazione comunque *ex ante* della verità del contenuto diffamatorio, si potrebbe ben configurare la causa di giustificazione nella sua dimensione effettiva e non in quella putativa, rendendo così ininfluente l'emergere *ex post* della falsità di quanto comunicato.

[62] Tra le più esplicite, Cass. pen., Sez. V, 9 aprile 2010, n. 27106, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3045, così massimata: «L'esimente putativa del diritto di cronaca giudiziaria può essere invocata in caso di affidamento del giornalista su quanto riferito dalle sue fonti informative, non solo se abbia provveduto comunque a verificare i fatti narrati, ma abbia altresì offerto la prova della cura posta negli accertamenti svolti per stabilire la veridicità dei fatti».

[63] G. VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, IV, Milano, Giuffrè, 1967, p. 895. Sul punto, si veda anche G.P. DEMURO, *Il dolo*, II, cit., pp. 424 e 425, il quale fa propria la posizione dell'illustre Autore appena citato dopo aver affermato che quello della diffamazione a mezzo stampa «rappresenta un esempio di utilizzo in sede di accertamento di modelli tipici della colpa, per arrivare alla imputazione di un "dolo per equivalente"».

ficare come *tout court* colposo un illecito per il solo fatto che nella sua struttura un elemento – foss'anche quello centrale – è imputato a titolo di colpa.

Se ciò può effettivamente conferire al rimprovero e quindi al giudizio di colpevolezza in senso stretto una connotazione spiccatamente colposa, non bisogna comunque trascurare la necessità che per altri elementi dell'illecito vi sia un dominio effettivo, che non sembra affatto riducibile alla *suitas* – essa non può infatti concepirsi un compiuto (nel senso di autosufficiente) criterio di imputazione colpevole, ma piuttosto un presupposto di quest'ultimo – ed è anzi opportuno qualificare in termini di dolo. Peraltro, a differenza di quelle ipotesi di imputazione colpevole differenziata in cui il dolo non si riferisce necessariamente a profili di intrinseco disvalore, qui esso deve coprire l'intera area della tipicità, che non può certo considerarsi priva di una propria carica lesiva.

Non convince, allora, che quella stessa identica combinazione di rappresentazione e volontà che fonda la responsabilità in assenza della scriminante venga rinnegata, quantomeno nella sua funzione "imputativa" di "primo livello" (rilevante cioè per l'*an* della responsabilità, con le implicazioni di garanzia che ne derivano), fino a perdere la "denominazione" dolosa per il solo fatto che la partita della responsabilità si possa spostare sul piano del controllo della verità dell'informazione diffamatoria.

Come già detto in più occasioni, non si tratta affatto di insistere sul riscontro di "quote" di dolo per mantenere elevate le pene – finora, semmai, si è proceduto in direzione opposta, cioè premurandosi di smascherare le forzature consistenti in equiparazioni sanzionatorie di ipotesi puramente dolose e ipotesi miste – ma, semplicemente, di prendere atto della fisionomia complessa dei criteri di imputazione colpevole e della loro duplice rilevanza sistematica, che rende possibile una parziale dissociazione tra l'analisi della tipicità e il giudizio di colpevolezza.

Criticare l'indefettibilità della responsabilità penale a fronte della violazione dell'obbligo di verifica della verità della notizia non significa, in ogni caso, mettere in discussione il ragionamento sviluppato sull'*Appellfunktion* della realizzazione dolosa del fatto tipi-

co. Tale funzione e la correlata maturazione di un obbligo cautelare possono infatti ben essere indipendenti dalla punibilità per la violazione dell'obbligo stesso, come proprio il caso della diffamazione a mezzo stampa dimostra, ancora meglio di quei casi in cui è prevista la "doppia punibilità", cioè quelli in cui la legge tipizza sia la fattispecie dolosa che quella colposa corrispondente. Si intende dire che la mancanza della punibilità per la mera violazione dell'obbligo in parola – così dovrebbe essere *de iure condito* – non risulterebbe affatto decisiva per farne venir meno la portata precettiva, perché per la c.d. diffamazione colposa, da intendersi essenzialmente proprio come ipotesi di realizzazione del fatto con errore colposo sulla verità del contenuto lesivo, sarebbe comunque prevista non "solo" una responsabilità di natura disciplinare[64], ma anche una responsabilità civile, come riconosce la stessa giurisprudenza di legittimità (civile): «L'onore e la reputazione costituiscono diritti inviolabili della persona, la cui lesione fa sorgere in capo all'offeso il diritto al risarcimento del danno, a prescindere dalla circostanza che il fatto lesivo integri o meno un reato, sicché ai fini risarcitori è del tutto irrilevante che il fatto sia stato commesso con dolo o con colpa»[65].

È tra gli impegni metodologici di questa trattazione non arrestarsi alla critica degli orientamenti sospettati di essere *contra legem*, cercando di cogliere e ponderare seriamente le esigenze assecondate dagli stessi: potrebbe infatti trattarsi di interessi realmente meritevoli di tutela penale. Se si separa il giudizio *de iure condito* (in cui – beninteso – deve senz'altro rimanere ferma la censura per la violazione del principio di legalità e di altri, come quello di proporzione con le sue declinazioni) da una prospettiva *de iure condendo*, si può più serenamente riconoscere che casi come quello della diffamazione con esercizio del diritto di cronaca condizionato dalla

[64] Le virgolette impiegate nel testo si giustificano in ragione del fatto che la sanzione disciplinare, che potrebbe ad esempio consistere (anche per il pubblicista) nella sospensione dall'esercizio dell'attività per un determinato lasso di tempo, potrebbe risultare ben più gravosa per il giornalista rispetto a una condanna da parte del giudice civile a risarcire il danno.

[65] Cass. civ., Sez. II, 10 ottobre 2014, n. 25423, in *DeJure*, ove precisazioni nel senso di un'ulteriore estensione alla responsabilità colposa, cioè anche oltre le ipotesi di errore sulla verità della notizia (punto 4.2. della sezione dedicata ai «Motivi della decisione»).

putatività circa la verità della notizia potrebbero plausibilmente trovare in futuro una nuova disciplina significativamente corrispondente a quella del c.d. diritto vivente attuale, in particolare per ciò che riguarda i meccanismi di imputazione colpevole.

Una duplicazione dei piani di valutazione come quella appena prospettata, con aperture nei confronti dell'introduzione di una calibrata forma di responsabilità strutturalmente mista, ancorché spiccatamene colposa in termini di rimproverabilità, è del resto tutt'altro che rara in dottrina[66] e nell'esperienza legislativa di altri Paesi, ad esempio in quella della Germania[67].

Beninteso: la soluzione proposta non implica affatto una conferma della bontà sul piano generale della *strenge Schuldtheorie*. Anche solo a livello metodologico, un simile modo di ragionare si esporrebbe a obiezioni consistenti, ad esempio perché incapperebbe nella fallacia della generalizzazione statistica, cioè quella per cui dall'osservazione di un campione ridotto si pretende di ricavare una soluzione di validità generale[68]. Inoltre, nella sua nettezza, la versione più inflessibile della teoria della colpevolezza appanna eccessivamente le differenze di rimproverabilità tra le possibili (e punibili) realizzazioni dell'offesa sul piano sanzionatorio, rendendo bastevole, per definizione, un'unica cornice edittale, tarata sul prototipo do-

---

[66] In questo senso, ad esempio, G. Vassalli, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, cit., p. 873 ss. In merito, A. Manna, *Problemi vecchi e nuovi in tema di diffamazione a mezzo stampa*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 3 (web), p. 9.

[67] Si rinvia, in particolare, a G. de Vero, *Le scriminanti putative*, cit., specialmente p. 780, nota 25; R. Wenin, *La diffamazione a mezzo stampa in Germania. Profili penalistici*, in A. Melchionda, G. Pascuzzi (a cura di), *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2005, p. 235 ss.; G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., pp. 425 e 426, nota 409, che muove dall'osservazione, critica più che altro in una prospettiva *de iure condito*, dei risultati a cui conduce l'orientamento giurisprudenziale consolidato, per poi aggiungere: «Un'alternativa sarebbe – a nostro avviso – prendere atto realisticamente che in fase di accertamento, per rendere applicabile la fattispecie, non si può prescindere da un siffatto modo di procedere: la conseguenza potrebbe essere la previsione di una fattispecie mista dolo-colpa, sull'esempio tedesco»; A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, Aracne, 2013, p. 144 ss.

[68] Si veda, ad esempio, G. Sergioli, *Fallacie argomentative*, in *APhEx*, 12/2015, p. 21 ss., in particolare p. 22.

loso; ma è proprio ciò che si è respinto a più riprese nel corso della trattazione finora sviluppata. Quella che si sta affacciando in queste pagine è infatti una soluzione specifica per la diffamazione a mezzo stampa e che dovrebbe quindi essere calibrata, cioè proporzionata, anche quanto alla disciplina sanzionatoria.

Alcune ulteriori considerazioni di politica criminale paiono opportune per chiarire il punto di vista che si sta sviluppando.

Non c'è dubbio che ogni rivisitazione della disciplina dell'attività giornalistica sia resa particolarmente complicata dalla necessità di trovare un equilibrio tra una pluralità di istanze in tensione reciproca. Ciò vale tanto più quando si tratta della responsabilità penale, che con il suo arsenale preventivo e repressivo potrebbe soffocare eccessivamente la libertà dell'informazione e quindi provocare un indesiderabile sacrificio di "fette di democrazia", come avviene in modo piuttosto evidente nelle cosiddette pseudodemocrazie, di cui la storia contemporanea non manca di fornire esempi[69].

Avendo a mente rischi del genere, sono senz'altro comprensibili le pressioni verso una significativa contrazione dell'area della punibilità e, soprattutto, del ricorso alla pena detentiva[70], su cui, nel 2019, si sono appuntate le questioni di costituzionalità sollevate dai Tribunali di Salerno e Bari. Con particolare riferimento a quest'ultimo aspetto, un approccio equilibrato potrebbe essere nel senso di associare all'introduzione di una più esplicita forma di diffamazio-

---

[69] Si veda, ad esempio, l'inquietante raccolta di dati e testimonianze del CPJ (*Committee to Protect Journalists*) sulle condizioni attuali del giornalismo in Turchia: *https://cpj.org/europe/turkey*.

[70] In argomento, tra i contributi dell'ultimo decennio, A. Manna, *Problemi vecchi e nuovi*, cit., in particolare p. 5 ss.; A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, cit., in particolare p. 121 ss., per un istruttivo itinerario comparatistico, e p. 200 ss., ove la proposta di riforma dell'Autore; Id., *Diffamazione e pena detentiva*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2016; Id., *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 31 ss.; S. Turchetti, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014, in particolare p. 249 ss., ove riflessioni a partire dal noto caso *Sallusti*, al quale verrà dato spazio a breve anche nel testo (e su cui, ancora più di recente, Ead., *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019); A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, Giappichelli, 2018, in particolare pp. 597 ss. e 629 ss.

ne a imputazione colpevole differenziata una pena diversa da quella detentiva, in ogni caso di severità inferiore rispetto alla sanzione per la versione integralmente dolosa dell'illecito.

A ulteriore dimostrazione di come il favore per talune figure miste non rappresenti una grossolana e incondizionata apertura alla colpa, si potrebbe anche considerare di subordinare la punibilità alle sole ipotesi di colpa grave, la quale potrebbe essere sostanziata da una macroscopica violazione dell'obbligo di accertamento o da una comunque accentuata rimproverabilità per la violazione del medesimo obbligo.

A differenza di ciò che si è visto affrontando gli illeciti preterintenzionali, qui la realizzazione del fatto doloso non implica un sostanziale azzeramento del rischio consentito, perché il giudizio di illeceità del comportamento non è ancora compiuto, dipendendo dall'intreccio col fattore potenzialmente scriminante, ed è peraltro possibile trovare orientamento in un criterio come quello dell'agente modello, il cui "manuale operativo" è chiaramente tracciato dal codice deontologico: è uno dei vantaggi, in termini di legalità della colpa penale, quando ci si riferisce a figure professionali o comunque "istituzionalmente" a contatto col rischio di commissione di reati; rischio che viene quindi spesso fatto oggetto di apposita disciplina con funzione cautelare.

4.1. *Il caso* Sallusti*: un caso paradigmatico per lo sviluppo di una prospettiva* de iure condendo *proporzionata. Un possibile ruolo per la colpa grave*

Per contestualizzare le considerazioni dei capoversi precedenti, può risultare utile fare riferimento a un caso concreto che ha alimentato un ampio e trasversale dibattito: il caso *Sallusti*, ovvero quella vicenda giudiziaria che ha coinvolto l'allora (2007) direttore responsabile del quotidiano «Libero» per la pubblicazione, nella medesima edizione di quel quotidiano, di due articoli in merito all'interruzione della gravidanza di una ragazza minorenne.

Entrambi gli articoli – intitolati «Dramma a Torino. Costretta ad abortire da genitori e giudice. La 13enne, sotto shock, è stata ricoverata in psichiatria» (firmato da un giornalista del quotidiano) e

«Il Giudice ordina l'aborto. La legge più forte della vita» (introdotto dall'occhiello «Il dramma di una tredicenne» e firmato solo con lo pseudonimo «Dreyfus», allora non riconducibile chiaramente a un autore preciso)[71] – esponevano i fatti in termini risultati essere non corrispondenti al vero, in particolare riportando che l'aborto era stato imposto da un giudice alla giovane dissenziente per volere dei genitori e del ginecologo. Su tale versione, gli scritti in questione avevano costruito una critica, decisamente più netta e "appassionata" nell'articolo sostanzialmente anonimo, accusando il giudice – non importa se fedele alla legge – di essersi reso complice, sostanzialmente, di una "trama" cinica e inumana. L'articolo firmato «Dreyfus» si era infatti spinto a ritenere meritevoli persino di pena di morte gli adulti, ritenuti responsabili di una inaccettabile eteroimposizione: «Qui ora esagero. Ma prima domani di pentirmi, lo scrivo: se ci fosse la pena di morte, e se mai fosse applicabile in una circostanza, questo sarebbe il caso. Per i genitori, il ginecologo e il giudice. Quattro adulti contro due bambini. Uno assassinato, l'altro (l'altra, in realtà) costretto alla follia».

Il processo ha consentito di ricostruire che, in realtà, il magistrato in questione, esercente la funzione di giudice tutelare, aveva assecondato la volontà della minorenne incinta, autorizzando il ricorso all'interruzione di gravidanza come previsto dalla legge, in particolare *ex* art. 12, l. 22 maggio 1978, n. 194[72]. Ne è derivata la condanna (confermata anche in sede di legittimità) dell'allora direttore di «Libero» per diffamazione, sia con riferimento all'articolo pubblicato dal giornalista identificato «sia quale autore dell'articolo redazionale a firma Dreyfus, pseudonimo non identificabile e quindi all'imputato stesso, che non ha in alcun modo contestato

[71] Ancorché non fosse affatto chiaro in una prospettiva *ex ante*, in seguito è emersa la riconducibilità dell'articolo al giornalista professionista (e allora parlamentare) Renato Farina, al momento dei fatti destinatario di un provvedimento disciplinare che gli avrebbe dovuto impedire di esercitare l'attività: *Sallusti, Farina conferma: «Dreyfus sono io»*, in *www.corriere.it*, (sezione *Politica*) 27 settembre 2012.

[72] Trib. Milano, 26 gennaio 2009, n. 5611; Corte app. Milano, Sez. I, 17 giugno 2011, n. 3427; Cass. pen., Sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249, tutte accessibili in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2012, ove un commento della pronuncia di legittimità di F. Viganò, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti*.

tale circostanza, riconducibile in quanto direttore responsabile del quotidiano»[73].

Ciò che qui è opportuno considerare è che la versione dei fatti assunta come punto di partenza degli scritti diffamatori non era stata completamente inventata dagli autori degli articoli oggetto di imputazione, ma si manteneva in sostanziale aderenza alla narrazione della stessa vicenda storica proposta da altri organi di stampa nello stesso giorno (il 17 febbraio 2007) in cui gli articoli erano stati preparati per la diffusione al pubblico, avvenuta poi il giorno successivo. A rendere delicata la situazione era però il fatto che, poche ore dopo la diffusione della notizia in termini errati, vi era stato (già a partire dal primo pomeriggio) un progressivo assestamento verso la verità, con una serie di rettifiche pervenute – questo hanno ritenuto tutte le sentenze – in tempo utile per consentire alla redazione di «Libero» di intervenire sui pezzi confezionati per l'indomani: «la prima smentita è intervenuta alle 15.30 e l'ultima alle 20.50, orari che non sono certamente incompatibili con una rettifica dell'edizione del giorno successivo, rettifica infatti pubblicata su tutti i maggiori quotidiani e già mandata in onda lo stesso 17 febbraio da radio e televisione»[74].

La difesa del direttore responsabile imputato aveva invocato la putatività dell'esercizio del diritto di cronaca, evidenziando anche, quantomeno nel ricorso per cassazione, l'assenza di una base legale per una condanna dipendente da uno scorretto esercizio dell'obbligo di controllo della verità delle informazioni diffamatorie: «l'eventuale non rispondenza al vero degli articoli comparsi il 18.2.07 è quindi frutto di errore, non perseguibile penalmente, in quanto la diffamazione colposa non è contemplata dal codice penale»[75].

In concreto, lo spinoso problema di raccordo della chiara regola di imputazione dell'art. 59, comma 4, c.p. con il c.d. diritto vivente è stato superato – per così dire – per assorbimento. Pur evidenzian-

---

[73] Così Trib. Milano, 26 gennaio 2009, n. 5611, cit., p. 9 (dell'estratto pubblicato).

[74] Trib. Milano, 26 gennaio 2009, n. 5611, cit., p. 7 (dell'estratto pubblicato).

[75] Questa la parafrasi di Cass. pen., Sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249, cit., p. 3.

dosi in tutte le pronunce la presenza di elementi in grado di fondare (anche) una responsabilità per colpa rispetto al controllo della verità della notizia, al direttore è stato addebitato un atteggiamento sostanzialmente doloso, ritenendo «di tutta evidenza la deliberata pubblicazione della notizia falsa e diffamatoria, con conseguente piena integrazione dell'elemento psicologico del reato; tale elemento è ulteriormente rafforzato dalla considerazione che Libero non solo non ha mai rettificato la notizia nei giorni successivi ma ha addirittura dato spazio, ancora in data 23.2.2007, alla notizia falsa, pubblicando un articolo, dal titolo "*La storia di Valentina costretta ad abortire*"», i cui toni critici si basavano ancora su una versione dei fatti diversa da quella nel frattempo inequivocabilmente emersa. Ciò – si legge nella sentenza di primo grado – consentirebbe di ricostruire in termini univoci l'approccio editoriale alla notizia sin dall'inizio: «Non di errore si è trattato, ma di deliberata volontà di attaccare il magistrato che aveva invece tenuto un comportamento assolutamente professionale e corretto»[76].

Un simile inquadramento (in termini pienamente dolosi) del caso *Sallusti*, che ha resistito nella sostanza fino al giudizio di legittimità compreso, non preclude affatto una riflessione, sviluppata peraltro in tutte le pronunce, sull'adeguato approccio alla verità della notizia in situazioni del genere.

Ipotizzando che non vi fosse, da parte del direttore responsabile, consapevolezza della falsità delle informazioni che si stavano per veicolare e che sussistesse ancora la possibilità di intervenire per modificare gli articoli oggetto di imputazione, la condotta che avrebbe tenuto un agente modello calato nella situazione concreta sarebbe stata verosimilmente diversa. Tale agente ideale, quantomeno poco prima di chiudere definitivamente il numero di prossima pubblicazione, avrebbe dovuto prendere in considerazione eventuali aggiornamenti che potessero mettere in discussione la correttezza

[76] Trib. Milano, 26 gennaio 2009, n. 5611, cit., pp. 7 e 8 (dell'estratto pubblicato).

In termini scettici sulla possibilità di ottenere risultati soddisfacenti attraverso una disciplina che punti principalmente sulla rettifica e il diritto di replica, A. Manna, *Problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 3 ss., in dialogo (dissenziente) con l'opera di M. Fumo, *La diffamazione mediatica*, Torino, Utet, 2012, pp. 14 ss. e 21 ss.

delle informazioni veicolate; «controllo che, nel caso di specie era particolarmente semplice, posto che era sufficiente prendere visione e tener lealmente conto dei messaggi ANSA, di un telegiornale e di un radiogiornale»[77].

L'esigibilità di una condotta decisiva per far sì che nessuna diffamazione venisse realizzata sembra tanto più plausibile se si pensa a tutti i dettagli del caso concreto e, in particolare, alla circostanza che uno dei due articoli era sostanzialmente anonimo, unitamente al fatto che nello stesso, come già il titolo annunciava, si usavano dei toni forti e infamanti – lo si ricorda: (anche e soprattutto) nei confronti di un esponente della magistratura – al punto da rendere la specifica pubblicazione senz'altro una delle più delicate di quell'edizione. Il che, se si vuole parlare ancora di colpa, non sembra rendere esagerato persino un giudizio di colpa grave.

Il caso in esame, persino se depurato dalla vena maliziosa che la magistratura vi ha letto, sembra possa evocare una certa meritevolezza di pena, essenzialmente – sia consentito insistere sul punto – per l'attribuzione alla persona offesa di una responsabilità (quantomeno morale) reputata addirittura degna della pena di morte, al contempo trascurando significativamente quei controlli a cui il giornalista e il direttore responsabile sono istituzionalmente tenuti. È questa pericolosa – l'espressione non è casuale – sinergia che può trasformare il mezzo della stampa in una sorta di "arma" pronta a "sparare" all'istante, con troppa facilità, non potendosi certo ridurre il tutto a un semplice e accettabile errore da tollerare in nome della pur fondamentale libertà di informazione e opinione.

Come anticipato poco prima di aprire questa parentesi sul caso *Sallusti*, un generale bilanciamento tra le istanze concorrenti potrebbe ottenersi facendo residuare la punibilità nelle ipotesi di colpa di grado elevato, da sanzionarsi comunque senza fare ricorso alla pena detentiva[78], la quale, per effetto della giurisprudenza di Strasburgo,

[77] Cass. pen., Sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249, cit., p. 14.

[78] In argomento, si veda A. Manna, *Problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 6, il quale, dopo aver giudicato «sproporzionata per difetto» una risposta sanzionatoria extrapenale per la diffamazione a mezzo stampa – non altrettanto, invece, per quella "semplice" – evidenzia i pregi che potrebbe avere il ricorso a misure interdittive impiegate quali pene principali: ad esempio, una simile soluzione «riguarda diret-

basata sull'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo («Libertà di espressione»), dovrebbe praticamente scomparire anche per le ipotesi realmente dolose: è ciò che ha affermato la Corte EDU proprio pronunciandosi sul caso *Sallusti* e condannando l'Italia per aver violato il predetto articolo della Convenzione, in ragione dell'applicazione al giornalista imputato di una pena detentiva divenuta definitiva all'esito del giudizio di Cassazione[79].

A maggior ragione se si supera completamente il ricorso alla pena detentiva, persino per le ipotesi completamente dolose, in cui il canale mediatico è strumentalizzato e il giornalista dimostra di dismettere completamente le vesti professionali[80], la contestuale "uffi-

---

tamente l'autore della diffamazione e non ricade quindi sull'impresa giornalistica, per cui sembra rispettare maggiormente il principio della personalità della responsabilità penale».

[79] Corte EDU, Sez. I, 7 marzo 2019, (ric. n. 22350/13) Sallusti v. Italia, accessibile, ad esempio, da *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019, ove un commento di S. Turchetti, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti*, cit., a cui si rinvia per ulteriori dettagli, ad esempio al fine di evidenziare la dichiarata limitazione della pena detentiva a ipotesi eccezionali e – si tratta di una precisazione decisiva, sviluppata anche per replicare indirettamente alle considerazioni sul punto della pronuncia di Cassazione – in ogni caso diverse da quelle della diffamazione a mezzo stampa: «can only be in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence» (punto 59 della sentenza).

Sia giusto consentito ricordare che la pena detentiva è ancora oggi legislativamente prevista sia dall'art. 595, comma 3, c.p., in alternativa a quella pecuniaria, sia dall'art. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47, quale sanzione cumulativa rispetto a quella pecuniaria nei casi di attribuzione diffamatoria di un fatto determinato attraverso il mezzo della stampa.

Quanto alla vicenda specifica, si veda Cass. pen., Sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249, cit., p. 22 ss. e il relativo commento di F. Viganò, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti*, cit., incentrato soprattutto (e in termini critici) sulla mancata concessione della sospensione condizionale della pena.

È noto, peraltro, come, poco dopo la sentenza di legittimità, fosse intervenuto un provvedimento (*ex* art. 87 Cost.) di commutazione della pena detentiva in pena pecuniaria, emesso dall'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano nei confronti di Sallusti; misura, questa, giudicata dalla Corte di Strasburgo come insufficiente per far venir meno la violazione della Convenzione da parte del nostro Paese.

[80] In questi casi, risulta particolarmente efficace la ricostruzione in termini analoghi a quelli impiegati nel testo del rischio doloso tipico da parte di S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 157 ss. Del medesimo, sul "rischio penale" del giornalista, ancorché con riferimento a profili diversi, Id., *Profili di responsabilità colposa nell'esercizio della cronaca giornalistica*, in *Giust. pen.*, 1985,

cializzazione" della punibilità per colpa grave dovrebbe allontanare la preoccupazione che la stampa possa essere "imbavagliata", senza che al contempo si aprano vuoti di tutela penale che la potenza del mezzo suggerisce di non avallare acriticamente.

Affrontando in termini sistematici la ristrutturazione della disciplina della diffamazione a mezzo stampa, non si vede perché la violazione dell'obbligo di controllo della verità dell'informazione non possa arrivare ad assumere rilievo già sul piano della tipicità di una fattispecie *ad hoc*, considerata la centralità di tale aspetto tra i doveri imposti al giornalista. Del resto, come già accennato con riferimento a un elemento quale il consenso nei reati sessuali, vi sono profili da cui dipende la "punibilità" che possono assumere in astratto una doppia valenza sistematica e sono, infatti, ora elementi costitutivi di un reato ora fattori relativi all'antigiuridicità. L'opzione prospettata sarebbe anche più funzionale alla previsione di un trattamento sanzionatorio differenziato (inusuale nel contesto delle cause di giustificazione codicistiche, se si fa eccezione per la disciplina generale sulla putatività e sull'eccesso colposo) rispetto alle ipotesi di dolo sulla falsità della notizia.

Come in altri ambiti, non sarebbe semplice disciplinare i casi di scelta in favore della pubblicazione nonostante un dubbio sugli estremi di verità della comunicazione diffamatoria. Il ricorso al dolo eventuale potrebbe sembrare in astratto corretto[81], ma, ferme le aporie di carattere generale sull'istituto, sarebbe comunque opportuno mantenere alto il livello di rigore nell'accertamento, già a partire dall'elemento rappresentativo, evitando quegli insidiosi automatismi per cui una colpa di grado elevato indiziereb-

---

II, c. 520 ss., commentando un caso spagnolo del tutto particolare, relativo all'uccisione di alcuni attivisti politici da parte di un'organizzazione armata di opposto orientamento politico in seguito alla pubblicazione di articoli informativi sulle vittime.

[81] Sul punto, si veda F. Viganò, *Art. 59*, cit., p. 1189, che considera lo stato di dubbio sulla scriminante una condizione psicologica «insufficiente ad escludere il dolo». Nella prospettiva del chiaro Autore, proprio con riferimento alle ipotesi di putatività rispetto all'esercizio del diritto di cronaca, «esagerati sono i timori di lacune punitive», quindi verrebbe a perdere ogni senso l'attuale «rigorismo giurisprudenziale», persino in una prospettiva *de iure condendo*; il che evidenzia una posizione diversa da quella che nel testo della trattazione in corso si è proposta.

be – *rectius*: farebbe presumere – un dubbio effettivo sulla verità della notizia. Assecondare una simile semplificazione probatoria determinerebbe la sostanziale cancellazione della fattispecie mista, col risultato di tornare ad applicare a tutta la casistica giudicata penalmente rilevante un unico trattamento sanzionatorio, tarato sui casi dolosi.

In tal senso, è quindi apprezzabile la logica di una delle proposte di riforma presentate di recente in Parlamento, che prevede una pena *ad hoc* (comunque soltanto pecuniaria) per le ipotesi di diffamazione a mezzo stampa pienamente dolose, cioè ricorrenti alla seguente condizione: «Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato falso, la cui divulgazione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità»[82].

La selezione degli ambiti tematici per l'analisi dell'imputazione colpevole differenziata da sviluppare in questa sede privilegia questioni con un forte aggancio alla contemporaneità. Le pagine finora dedicate ai rapporti tra il delitto di diffamazione e l'esercizio del diritto di cronaca da parte del giornalista hanno evidenziato la perdurante attualità di un ambito problematico "classico". Non è un caso, dunque, se, come osserva la dottrina, «la riforma del delitto di diffamazione è da anni nell'agenda del legislatore»[83].

4.2. *Cenni conclusivi sull'art. 57 c.p.: perché non si tratta di un'ipotesi di imputazione colpevole differenziata, nemmeno in senso ampio*

La pertinenza del caso *Sallusti* ai fini della trattazione in corso si conferma anche con riferimento alla specifica contestazione contenuta nell'imputazione rivolta all'allora direttore responsabile di «Libero» in merito all'omesso controllo del carattere penalmente illecito dell'articolo pubblicato dal giornalista identificato. Tale articolo, pur avendo toni meno aspri di quello pubblicato con pseudonimo,

[82] Ci si riferisce al d.d.l. C. n. 416, presentato dall'on. Walter Verini (e altri) il 27 marzo 2018; in particolare, si veda l'art. 1, comma 5, volto a riformulare, nel senso indicato nel testo, l'art. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47.

[83] A. Gullo, *La tela di Penelope*, cit., p. 32.

presentava lo stesso vizio di fondo, cioè mostrava sgomento per il medesimo fatto presentato in termini contrari al vero.

Nelle sentenze c'è una certa ambiguità nel rapportarsi alla disposizione codicistica riportata nell'imputazione. Come detto, già in primo grado, nel pronunciare condanna nei confronti del direttore, viene ravvisata la messa in pratica di una deliberata campagna diffamatoria a livello redazionale, ma, ciò nonostante, si mantiene comunque fermo il riferimento formale all'art. 57 c.p., che però ha la funzione di reprimere l'omesso controllo colposo rispetto all'illecito dell'articolista[84]. Tale disposizione codicistica, come conferma la giurisprudenza consolidata[85], non si attaglia a ipotesi di concorso doloso con l'autore del reato, quali quelle nella sostanza riscontrate.

Ad ogni modo, ciò che vale la pena precisare in questa sede è che quella che matura in applicazione dell'art. 57 c.p. non è una responsabilità penale che ricalca gli schemi della pur plurale categoria dell'imputazione colpevole differenziata, perché, se si continua a ragionare esemplificativamente sulla diffamazione, si rende evidente che una combinazione di dolo e colpa si prospetta sì sulla scena, ma con riferimento al titolo di responsabilità di due soggetti diversi: se l'articolista può – o meglio: dovrebbe – rispondere per diffamazione a titolo di dolo, nel momento in cui si analizza la responsabilità penale *ex* art. 57 c.p. del direttore responsabile, deve prendersi atto che si tratta di una responsabilità puramente colposa. In essa, la colpa non è "costretta" a condividere spicchi di imputazione col dolo, né con riferimento all'evento di tale illecito né con riferimento a elementi diversi.

La divaricazione dei titoli di responsabilità non è quindi solo formale, ma rispecchia una diversa tipicità e una diversa colpevolezza. Pertanto – ora sì che emerge un aspetto comune alla problematica dell'imputazione colpevole differenziata – non è del tutto convincente il fatto che il direttore venga punito con una pena ricavata a partire dalla cornice edittale prevista per un reato doloso, cioè «con

[84] Sia consentito ora fare rinvio alle notazioni introduttive sulla norma già sviluppate affrontando le ipotesi di sostituzione della responsabilità oggettiva con la colpa.

[85] In questo senso, ad esempio, già Cass. pen., Sez. I, 14 gennaio 1966, n. 13, in *DeJure*, che concepisce l'art. 57 c.p. «applicabile fuori dei casi di concorso».

la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo». Se si pone mente ancora una volta al fatto che la disciplina dell'art. 57 c.p. opera al di fuori delle ipotesi di concorso doloso nel reato del giornalista, desta preoccupazione che non sia così raro che, in applicazione della regola sanzionatoria poc'anzi riportata, si sia finito per infliggere esattamente la stessa pena a tutti i soggetti coinvolti. Aver risolto i problemi di personalità della responsabilità penale introducendo un requisito di colpa per la responsabilità del direttore non sembra aver comportato un risultato altrettanto soddisfacente quanto alla declinazione del principio di personalità sul piano sanzionatorio[86].

In un paio di battute conclusive – dedicarvi più spazio condurrebbe troppo oltre gli orizzonti di questa trattazione – si può anche osservare che lo stesso caso *Sallusti* ha interessato un quotidiano con tiratura nazionale e una struttura senz'altro articolata. Queste circostanze, se appaiono tali, in generale, da meritare una esplicita legittimazione – meglio se in via legislativa – del ricorso alla delega di funzioni[87], anche per rendere più concretamente esigibile l'esercizio degli obblighi di controllo, non sembrano aver inciso a sfavore del direttore responsabile nella vicenda concreta, perché, come già detto, gli articoli in questione dovevano essere, con ogni probabilità, particolarmente "attenzionati", trattando verosimilmente una delle notizie più delicate di quell'edizione.

---

[86] In argomento, più in generale, A. Mino, *La disciplina sanzionatoria dell'attività giornalistica. Dalla responsabilità penale del direttore alla responsabilità da reato dell'ente*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 29 ss. e 103 ss.

[87] In questo senso, in particolare, G. Fiandaca, *È "ripartibile" la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 570 ss.; E. Musco, voce *Stampa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 644 e 645; E. Carletti, *I reati a mezzo stampa*, in F. Bricola, V. Zagrebelsky (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte generale*, II, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1996, p. 142; A. Manna, *Problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 11.

Il ricorso alla delega di funzioni nel contesto dell'impresa giornalistica, nella misura in cui si traduce nella messa in pratica di un'organizzazione aziendale, evoca anche l'interrogativo circa la plausibilità dell'estensione allo stesso ambito della disciplina della responsabilità dell'ente da reato. In termini critici, in argomento, C. Piergallini, *Attività giornalistica e responsabilità dell'ente*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 105 ss., in particolare p. 112: «non può essere sottovalutato il rischio che la *compliance* preventiva, *ex* d.lgs. 231/2001, possa 'corrompere', dall'interno, le delicatissime dinamiche che marcano l'esercizio dell'attività giornalistica».

5. *La legittima difesa e la fisionomia della colpa*

5.1. *La "tormentata" disciplina della legittima difesa*

Nel considerare i rapporti tra imputazione colpevole differenziata e scriminanti, non si può fare a meno di dedicare alcune riflessioni alla legittima difesa[88] e a una serie di problematiche che nel rapporto tra disciplina astratta e applicazione concreta si presentano.

Nell'ambito della trattazione selettiva che si sta conducendo, questa causa di giustificazione va privilegiata rispetto ad altre perché si presta a far emergere in termini significativi questioni di sinergia tra dolo e colpa finora lasciate sullo sfondo, ad esempio quelle relative all'eccesso colposo, la cui disciplina è stata ritoccata assai di recente proprio con riferimento alla legittima difesa. Ma è in generale il giudizio di colpa rapportato alla scriminante in parola a presentare aspetti peculiari, la cui esplicita considerazione può contribuire a integrare le acquisizioni fin qui maturate sul variegato universo dell'imputazione (interamente o anche solo parzialmente) colposa. Ci si accinge, dunque, non già a un'analisi capillare dell'intera disciplina della legittima difesa, quanto, piuttosto, a un approccio critico mirato, che sia di immediata pertinenza rispetto agli obiettivi di questo lavoro.

5.2. *Ulteriori conferme circa il carattere colposo di una rappresentazione irragionevole: il caso* Goetz

Mantenendo aderenza al percorso sviluppato nelle pagine precedenti, si può iniziare dando conto che, anche in tema di legittima difesa, la giurisprudenza maggioritaria si è espressa a favore di una versione piuttosto "normativizzata" dell'ipotesi putativa, ritenendo cioè non sufficiente una rappresentazione scorretta della presenza in concreto degli elementi dell'art. 52 c.p., dovendo emergere la prova, in misura significativa a carico dell'agente, della ragionevolezza dell'errore. Come già rilevato rispetto alla putatività dell'esercizio

[88] Sul fondamento della scriminante in questione, per tutti, T. Padovani, voce *Difesa legittima*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, Utet, 1989, p. 497 ss.

del diritto di cronaca, a tale carattere dell'errore non viene assegnato un significato meramente probatorio; non vale quale mero sinonimo di credibilità dell'errore, ma sembra richiamare un criterio di diritto penale sostanziale, essenzialmente corrispondente alla colpa, soprattutto alla sua dimensione più "oggettiva", consistente in una non adeguata valutazione della situazione concreta[89].

Che il giudizio di ragionevolezza dell'errore evochi un criterio di imputazione sostanzialmente colposo, del resto, è stato più vol-

[89] In questa direzione, tra i precedenti meno recenti, ad esempio, Cass. pen., Sez. I, 30 maggio 1983, in *DeJure*: «Ai fini della legittima difesa putativa occorre che l'errore sulla situazione di pericolo trovi giustificazione in una situazione di fatto idonea a determinare la insorgenza della esigenza di difesa»; orientamento sostanzialmente rimasto costante, come testimonia, ben più di recente, Cass. pen., Sez. I, 7 febbraio 2016, n. 17121, in *DeJure*, di cui è bene riportare, più che la massima, un passaggio delle motivazioni (punto 3 del «Considerato in diritto»), ove si afferma esplicitamente che il «solo errore» non basta nemmeno per supportare la "degradazione" in colposa della responsabilità penale: «La legittima difesa putativa postula i medesimi presupposti di quella reale con la sola differenza che, nella prima, la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente, ma è supposta dall'agente a causa di un erroneo apprezzamento dei fatti. Tale errore – che ha efficacia esimente se è scusabile e comporta responsabilità di cui all'art. 59 c.p., u.c., quando sia determinato da colpa – deve in entrambe le ipotesi trovare adeguata giustificazione in qualche fatto che, sebbene malamente rappresentato o compreso, abbia la possibilità di determinare nell'agente la giustificata persuasione di trovarsi esposto al pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sicché la legittima difesa putativa non può valutarsi alla luce di un criterio esclusivamente soggettivo e desumersi, quindi, dal solo stato d'animo dell'agente, dal solo timore o dal solo errore, dovendo, invece, essere considerata anche la situazione obiettiva che abbia determinato l'errore. Essa, pertanto, può configurarsi se e in quanto l'erronea opinione della necessità di difendersi sia fondata su dati di fatto concreti, di per sè inidonei a creare un pericolo attuale, ma tali da giustificare, nell'animo dell'agente, la ragionevole persuasione di trovarsi in una situazione di pericolo, persuasione che peraltro deve trovare adeguata correlazione nel complesso delle circostanze oggettive in cui l'azione della difesa venga a estrinsecarsi».

Tra i pochi precedenti di segno diverso, Corte ass. Milano, 24 maggio 2006, in *DeJure*: «Non rileva, comunque, la ragionevolezza o meno dell'errore, in quanto in presenza di oggettivi elementi di fatto, l'erronea supposizione di una situazione scriminante esclude sempre il dolo anche se si tratta di un errore colposo, il quale può invece essere posto a fondamento di una responsabilità colposa (fattispecie in tema di omicidio e lesioni personali commessi dai proprietari di una gioielleria i quali, intervenuti separatamente dal retro del negozio dopo che due soggetti avevano infranto la vetrina e si stavano allontanando con la refurtiva, avevano esploso colpi d'arma da fuoco in direzione dell'auto su cui i due si trovavano, nell'erronea convinzione che gli stessi fossero armati e stessero per sparare)».

te messo in evidenza fin qui. A quanto già detto va ora aggiunto uno specifico riferimento al contesto giuridico angloamericano, dove è particolarmente diffusa, nell'intero sistema di *criminal law*, la tendenza ad assegnare implicazioni concrete alla ragionevolezza di un ventaglio di condizioni psicologiche in cui sembrano ricomprese tanto la semplice percezione quanto la più radicata convinzione.

Anche in tale contesto è nota e praticata una distinzione in una certa misura corrispondente a quella tra scriminanti e scusanti, parlandosi di *justifications* ed *excuses*[90]. Tra le prime, la figura più assonante alla legittima difesa, pur con peculiarità che dipendono anche da declinazioni locali, è quella della «self-defense». Alla disciplina di essa è opportuno fare menzione sfruttando, proprio circa gli aspetti di putatività, un caso concreto degli anni Ottanta del secolo scorso, il caso *Goetz*, tra i più discussi dalla dottrina statunitense – non passa inosservato, ad esempio, che uno dei più autorevoli studiosi nordamericani, George P. Fletcher, vi abbia dedicato persino un libro[91] – e all'epoca finito al centro del dibattito mediatico, al punto da occupare la copertina del celebre periodico «Time»[92].

Nel dicembre del 1984, un uomo "bianco" di nome Bernhard Goetz si trovava a bordo di un treno della metropolitana di New York insieme ad altre persone, tra cui quattro giovani afro-americani[93], che a un certo punto lo avvicinarono e uno gli chiese 5 dollari.

---

[90] Nella dottrina statunitense, si veda, ad esempio, la ricognizione di J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, cit., p. 197 ss.; in quella britannica, sempre a titolo esemplificativo tra le trattazioni "istituzionali", J. Herring, *Criminal Law*, cit., p. 291 ss.

[91] G.P. Fletcher, *A Crime of Self Defense. Bernhard Goetz and the Law on Trial*, New York, The Free Press, 1988. Nella dottrina italiana, ampi riferimenti in A. Szegö, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, Cedam, 2003, p. 196 ss.

[92] Time, April 8, 1985, la cui copertina è visibile all'indirizzo *http://content.time.com/time/covers/0,16641,19850408,00.html*.

[93] Le precisazioni relative all'etnia dei protagonisti hanno senso nella misura in cui, in una società come quella statunitense, la c.d. questione razziale è storicamente un argomento di particolare sensibilità – è così ancora oggi: si pensi, ad esempio, alla ragion d'essere di un movimento come «Black Lives Matter», fondato nel 2013 – inserendosi ampiamente anche nel dibattito penalistico (e criminologico), in particolare, con riferimento proprio a concetti quali la persona ragionevole. Tra i contributi dottrinali più istruttivi e soprattutto più "centrati", in quanto, nell'affrontare alcuni dei punti più oscuri della persona ragionevole, dedica diver-

La richiesta, per quanto perentoria possa essere stata, avvenne senza una esplicita minaccia verbale né esibendo un'arma[94]. Tuttavia, Goetz, ravvisando convintamente nell'atteggiamento dei giovani il preludio di una *escalation* violenta, estrasse una pistola (che si era procurato, per autodifesa, dopo il suo coinvolgimento in una precedente rapina) e sparò a ciascuno dei quattro ragazzi in rapida successione, provocando a uno di questi danni fisici e cerebrali irreversibili.

La condotta di Goetz va valutata alla luce delle previsioni contenute nella *section* 35.15 della *New York Penal Law*, avente la funzione di giustificare la reazione con uso della "forza" da parte di chi creda ragionevolmente («*reasonably believes*») che ciò sia necessario per difendersi da (quella che è ragionevolmente creduta)[95] un'aggressione ingiusta.

All'occhio del giurista italiano non può sfuggire la considerazio-

---

se decine di pagine all'argomento «Race and Self-Defense», C. Lee, *Murder and the Reasonable Man. Passion and Fear in the Criminal Courtroom*, New York, London, New York University Press, 2003, p. 137 ss., ove il discorso è sviluppato dall'Autrice nell'ambito della categoria dei reati condizionati dalla paura – parla di «Crimes of Fear» – in cui lo stereotipo dell'afro-americano quale persona pericolosa, che, appunto, incute timore, assume proporzioni piuttosto imbarazzanti. Lo stesso caso *Goetz*, all'epoca, spaccò l'opinione pubblica, facendo emergere punti di vista fortemente condizionati dalla differenza etnica dei protagonisti: una disputa a colpi di pregiudizi, agitati da prospettive diverse, ora nella direzione del biasimo dell'imputato ora nel senso della sua "giustificazione". Riguardo a quest'ultima prospettiva, tra i contributi giuridici più originali, S.P. Garvey, *Self-Defense and the Mistaken Racist*, in *New Criminal Law Review*, 2008, p. 119 ss., che richiama l'attenzione sul rischio che punire un soggetto per i suoi pregiudizi razziali, non importa quanto biechi, possa talvolta tradursi nella promozione di un diritto penale d'autore più che del fatto: una tesi coraggiosa e non del tutto priva di intuizioni ragionevoli se la si rapporta alla dimensione della colpevolezza individuale, mentre sul piano della liceità del comportamento difensivo è opportuna la massima prudenza onde evitare poco auspicabili cadute general-preventive a sfondo razziale.

[94] Pare che i quattro ragazzi colpiti avessero tutti riportato condanne penali o comunque fossero stati arrestati in precedenza: *4 Youths Shot By Goetz Faced Criminal Counts*, in *www.nytimes.com*, 10 gennaio 1985. Nei cappotti di due di essi furono trovati dei cacciaviti (asseritamente impiegati per scassinare le gettoniere di «video machines»), ma sembra forzato prospettare la plausibilità di una *defense* effettivamente sussistente (e non meramente putativa) argomentando nel senso che il loro utilizzo in termini minacciosi o violenti nei confronti di Goetz fosse senz'altro imminente. Quest'ultimo, del resto, non ha mai impostato in quei termini la propria linea difensiva.

[95] È proprio il testo legale, non senza una certa ridondanza, che ripropone una seconda volta l'espressione «reasonably believes».

ne sostanzialmente unitaria di ipotesi di esistenza reale e ipotesi di esistenza putativa delle esigenze difensive, tanto è vero che la disciplina sembra proprio direttamente costruita sulle seconde (come a dire che il riconoscimento giuridico di esse implica *a fortiori* anche quello delle prime), ma è immediata la compensazione in termini più "oggettivi" tramite il riferimento al carattere di necessaria ragionevolezza della rappresentazione della situazione concreta. È facile intuire come proprio su tale ultimo profilo sia stato discusso il caso *Goetz*, anche in sede processuale: la questione postasi, in particolare, era se potesse risultare sufficiente che all'imputato fosse apparsa ragionevole la (propria) percezione del rischio e quindi delle esigenze difensive oppure se fosse più opportuno giudicare la rappresentazione dello stesso Goetz in base a un parametro esterno, identificabile nella persona ragionevole[96].

Tra gli argomenti che deponevano a favore di un giudizio tarato sul comportamento che avrebbe tenuto un agente ideale, si può menzionare il fatto che la disciplina newyorkese, pur ispirandosi al *Model Penal Code* statunitense in più parti, compresa quella sulle *justifications*, non ne replica però alla lettera il dettato della *section* 3.04 (1). In tale sede, la disciplina modello non menziona requisiti di ragionevolezza della rappresentazione dell'agente, limitandosi a subordinare la giustificazione dell'uso della forza a fini autoprotettivi alla condizione che lo stesso soggetto creda che tale forza sia immediatamente necessaria («when the actor believes that such force is immediately necessary»). La differenza di tipizzazione, di per sé evidente, non implica però il definitivo accoglimento di un parametro di valutazione eterogeneo, perché nella disciplina generale della *section* 3.09 (2), dichiaratamente applicabile anche a quella della *section* 3.04, si prevede che, in caso di errore dovuto a *recklessness* oppure a *negligence*, la responsabilità penale sia comunque possibile laddove per queste forme di colpevolezza sia contemplata dalla legge la punibilità del fatto di reato commesso, secondo una logica

[96] Sulle dicotomie oggettivo-soggettivo e interno-esterno, pronunciandosi proprio in tema di errore sulla scriminante, G.P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, cit., p. 118: «the conflict between objective and subjective should be restated as between "external" standards and "internal" standards of good faith».

che nella dottrina americana evoca i concetti di «imperfect» (o «incomplete») *self-defense*, in grado di determinare, ad esempio, la "degradazione" da *murder* a *manslaughter*[97]: una soluzione simile, dunque, a quella prevista nel nostro diritto positivo, nell'ultimo comma dell'art. 59 c.p.; mentre la disciplina newyorkese ricorda piuttosto la (autoreferenziale) posizione della giurisprudenza italiana e, quindi, un approccio non distante da quello della *strenge Schuldtheorie*[98].

La vicenda processuale ha avuto diverse tappe e non si è conclusa con una condanna definitiva dell'imputato, se non in relazione alla detenzione illegale dell'arma da fuoco. Qui interessa soprattutto dare conto del fatto che, mentre inizialmente l'imputato era riuscito a farsi giudicare secondo una declinazione ampiamente "soggettiva" del concetto di ragionevolezza, nel giudizio presso la *Court of Appeals of New York*[99], la Corte posta al livello più alto nello Stato di New York, si è affermata la linea interpretativa opposta. Il che è stato però ritenuto conciliabile (con ciò dimostrando ancora una volta la relatività della linea di confine tra "oggettivo" e "soggettivo") con

---

[97] Per un inquadramento essenziale del tema, si veda, ad esempio, J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, cit., pp. 222 e 223. Nella dottrina italiana, per una peculiare declinazione del concetto di «scriminante incompleta», in particolare in termini di «scriminante ipotetica», da ultimo, F. Diamanti, *Scriminanti incomplete*, cit., specialmente (anche per la valenza generale di quella parte della trattazione) p. 289 ss.

[98] Sul punto, si veda G.P. Fletcher, *A Crime of Self Defense*, cit., pp. 54 e 55, che evidenzia il carattere di compromesso della soluzione del *Model Penal Code*, il quale, proprio come il codice Rocco, riconosce che, in caso di errore colposo sulla presenza della scriminante, il senso dell'eventuale rimprovero residuo sarebbe paragonabile a quello della responsabilità colposa: una soluzione evidentemente diversa dall'«all-or-nothing approach» per cui in caso di errore irragionevole – così è orientata anche la nostra giurisprudenza – l'agente sarebbe da considerare a tutti gli effetti un reo doloso. La modernità (e «ingegnosità») del *Model Penal Code* starebbe nell'aver intuito che la tradizionale figura dell'errore ragionevole è concettualmente equivalente a un "incidente" colposo o a un altrettanto colposo difetto rappresentativo («conceptually equivalent to a negligent accident or mistake»).

È interessante notare che, mentre Fletcher evidenzia come l'assetto del *Model Penal Code* sia in linea con l'equilibrio raggiunto dalla dottrina tedesca (in cui la *strenge Schuldtheorie* pare effettivamente minoritaria), un'autorevole esponente di essa si sia invece espressa nel senso della preferibilità di un giudizio di ragionevolezza dell'errore al fine di escludere la responsabilità dolosa: T. Hörnle, *Social Expectations in the Criminal Law*, cit., pp. 11 ss. e 22 s.

[99] Court of Appeals of New York, 8 luglio 1986 (People v. Goetz), in *www.nycourts.gov*.

la necessità di procedere comunque a una valutazione non eccessivamente astratta, ma incentrata su tutte le circostanze del caso concreto, compresa l'eventuale conoscenza tra i soggetti coinvolti e le eventuali precedenti esperienze del genere vissute dall'aggredito, tali cioè da fargli sviluppare una valutazione del rischio potenzialmente non coincidente con quella di un osservatore terzo: l'assonanza con la selezione degli elementi rilevanti ai fini dell'accertamento della colpa è più che evidente.

Non stupisce allora che uno studioso autorevole come Fletcher, in altri contributi di carattere più generale, abbia trattato il caso nell'ambito di una riflessione esplicitamente dedicata alla colpa[100].

5.3. *L'approccio difensivo cauto (ossia non colposo), tra necessità, proporzione e «grave turbamento»*

Ricavata l'ennesima conferma della natura sostanzialmente colposa dell'errore irragionevole, si può proseguire l'itinerario volto a mettere in evidenza le peculiarità della legittima difesa ai fini della trattazione in corso.

A differenza di quanto visto affrontando la putatività dell'esercizio del diritto di cronaca, tende a mancare qui un ruolo istituzionale che funga da piattaforma logico-giuridica su cui innestare l'obbligo di verifica della presenza concreta degli elementi scriminanti, ma è anche vero che i reati a cui tipicamente si associa la legittima difesa sono quelli di lesioni personali e omicidio, cioè illeciti contro la persona per i quali è prevista una generale punibilità "a doppio titolo" e il cui *Tatbestand* è talmente pregnante da rendere praticamente indiscutibile la corrispondente attivazione dell'*Appellfunktion*. È evidente che l'*interpretatio abrogans* dell'art. 59, comma 4, c.p. non serve qui a colmare alcun supposto vuoto di tutela penale, ma determina più che altro una sproporzione sanzionatoria derivante dallo scarto tra colpevolezza colposa effettivamente sussistente e pena corrispondente al titolo doloso di responsabilità, come più volte evidenziato nelle pagine precedenti.

---

[100] Così, ad esempio, in G.P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, cit., p. 118, richiamato all'interno del paragrafo intitolato «Negligence: Objective and Subjective» (p. 117 ss.).

Quel che pare da privilegiare in questo approfondimento sulla legittima difesa è la fisionomia della colpa, che entra in relazione con profili di necessità della realizzazione della condotta, spesso in condizioni spazio-temporali ed esperienziali tutt'altro che favorevoli per una perfetta aderenza alle regole cautelari. Anzi, il contesto pare presentare profili di peculiarità per cui già la c.d. misura oggettiva della colpa potrebbe alimentarsi di elementi diversi dal solito.

Tra gli aspetti maggiormente caratterizzanti, in particolare in confronto alla disciplina dell'esercizio del diritto di cronaca analizzata in precedenza – ma le differenze si ripropongono rispetto all'esercizio di un diritto in genere – vi è senz'altro quello per cui la realizzazione del fatto tipico in condizioni di legittima difesa non rappresenta il frutto di una scelta pienamente libera dell'agente: analogamente a quanto è previsto negli artt. 53 e 54 c.p., la pertinenza della disciplina dell'art. 52 c.p. si ha laddove il soggetto agisca (o creda di agire, nella versione putativa) «costretto dalla necessità» di porre in essere un comportamento difensivo. Occorre dunque chiedersi in quale misura e, ancor prima, a che titolo ciò possa rilevare. Non è affatto agevole, in particolare, la scelta di assegnare al versante di tipicità piuttosto che a quello di colpevolezza dell'illecito colposo il compito di valorizzare questo aspetto: il che vale tanto per la riconoscibilità del pericolo tale da legittimare la reazione difensiva quanto in relazione al controllo di quest'ultima, cioè al suo mantenimento entro limiti accettati dall'ordinamento. Al pari di quest'ultima, l'ipotesi in un certo senso intermedia, cioè sostanziata dall'errore rappresentativo sulle circostanze fattuali che tracciano i limiti di una difesa in qualche misura effettivamente legittima, viene dai più ricondotta alla disciplina dell'eccesso colposo di cui all'art. 55 c.p.[101]. Proprio allargando gli orizzonti della trattazione all'eccesso

[101] In dottrina, si veda, ad esempio, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., in particolare pp. 580 e 581, anche per puntuali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Tra i contributi monografici di riferimento, si noti come quello di G. Azzali, *L'eccesso colposo*, Milano, Giuffrè, 1965, presenta un approccio costantemente differenziato, bipartito, alle problematiche dell'eccesso colposo, ricorrendo già nei titoli di moltissimi paragrafi le espressioni «prima forma dell'eccesso colposo» e «seconda forma dell'eccesso colposo», entrambe definite nelle pp. 17 e 18. Già prima, si veda P. Nuvolone, *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Giust. pen.*, 1949, II, c. 803 ss.

colposo sarà ora possibile osservare meglio anche la dimensione esecutiva della condotta difensiva e valutarne la colposità.

Il fattore scriminante che sta sullo sfondo potrebbe incidere su un concetto come quello di rischio consentito, il quale si è visto entrare in crisi rispetto al giudizio di colpa *in re illicita*, ma che qui potrebbe ben tornare ad avere pertinenza[102]. Avendo esso a che fare con la dimensione di tipicità della colpa, pare opportuno anteporre una sua considerazione rispetto a quella sui profili più squisitamente di colpevolezza.

È evidente come la necessità di commettere il fatto di reato a fini difensivi evochi uno scenario ben diverso rispetto a quello in cui si cala colui che decida di porre in essere una condotta penalmente vietata e pericolosa. In quest'ultimo ambito casistico, il soggetto è normalmente animato da un intento aggressivo per il bene giuridico e realizza una condotta per cui un parametro virtuoso come quello dell'agente modello a dir poco stenta a fornire un valido contributo orientativo a livello esecutivo, data la carenza di metodologie di comportamento "malevolo" in qualche modo istituzionalmente accreditabili. Al riguardo, si è già ampiamente avuto modo di argomentare nel senso che l'ordinamento, fermo in ogni caso il giudizio di censura nei confronti della condotta di base, deve valutare la colpa per eventuali offese ulteriori e più gravi secondo una logica (severa ma leale, in quanto conforme al principio di colpevolezza) di prevedibilità che è ampiamente coincidente, in particolare sul piano della selezione probabilistica dei rischi, con quella della adeguatezza causale: nello specifico, le tra loro fungibili cautele subordinatamen-

[102] Per quanto si sia d'accordo con l'Autore sulla configurabilità di regole cautelari sia *in re illicita* che nel contesto dell'eccesso colposo di scriminanti come la legittima difesa, non sembra pienamente convincente – per altre differenze di sensibilità rispetto alla stessa impostazione, si rinvia alla parte qui dedicata alla colpa in ambito preterintenzionale – uno specifico rilievo di F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 309 ss. L'Autore ritiene di poter ricavare la prova (o comunque un argomento eloquente) in favore della colpa in attività illecita quale colpa ampiamente paragonabile a quella ordinaria osservando l'ambientazione codicistica di una responsabilità colposa rispetto all'eccesso di legittima difesa. Vero è che, eccedendo i limiti della scriminante, il soggetto realizzerebbe un comportamento antigiuridico, ma rapportare la colpa a tale esito non sembra affatto configurare una colpa in contesto illecito, perché non c'è alcun segmento dell'azione che sia autonomamente sanzionabile a prescindere da quella colpa.

te doverose – non si tratta mai di una prevedibilità "muta" sul piano deontico – si ricavano "in negativo", per esclusione, ossia scartando quelle tali da innescare un decorso causale *ex ante* indicativo di un rischio anche solo minimo (ma non del tutto remoto) per la verificazione dell'evento. Deve dunque trattarsi di regole cautelari «proprie». Ciò perché non c'è spazio per un vero e proprio rischio consentito.

Al contrario, la reazione difensiva si presta meglio, almeno teoricamente, a essere normativamente incanalata in regole precise di comportamento suggeribili all'agente che si trovi in determinate condizioni di pericolo per sé e/o per altri. In tali casi, il comportamento cauto la cui doverosità ha la funzione di non rendere illimitata la reazione difensiva è anche lecito – non è più pertinente parlare di comportamento subordinatamente doveroso – e può tornare a trovare criteri di orientamento nel parametro dell'agente modello, ancorché non senza peculiari problematicità, come si sta per dire.

Il punto di riferimento per una reazione difensiva potrebbe essere il comportamento che terrebbe in condizioni analoghe un professionista addestrato a controllare e neutralizzare rischi come quelli per l'incolumità, che in particolare le forze dell'ordine gestiscono quotidianamente. Guardando all'attività di tali soggetti, è senz'altro possibile individuare codici di comportamento appropriato – è l'addestramento ufficiale, ad esempio, che può valere a conferire una sorta di patente di adeguatezza – per fronteggiare situazioni di pericolo analoghe a quelle in grado di fondare, per i comuni cittadini, l'operatività della legittima difesa[103].

Si ragioni su una condotta esemplificativa basata sull'uso di

[103] Non sembra da sopravvalutare il fatto che, quando si fa riferimento a un agente delle forze dell'ordine, l'intervento possa anche essere sussunto nell'ambito operativo della diversa scriminante dell'uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 c.p., il quale esordisce peraltro lasciando «ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti», quindi anche quella sulla legittima difesa. Al di là del rapporto tra fattispecie scriminanti – per una ricognizione del dibattito sul punto, si rinvia a A. Bonfiglioli, *Art. 53*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 341 e 342; a livello monografico, L. Alibrandi, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 43 ss. – il riferimento al comportamento del rappresentante della forza pubblica è qui considerato in una prospettiva deontica e attenta più che altro alla sua natura modale.

un'arma da fuoco: variabile spesso presente nelle vicende più controverse e non a caso al centro dell'attenzione del legislatore. Sparare alle gambe comporta un rischio mortale e in una prospettiva di necessario azzeramento del rischio di danni ulteriori non rappresenta un comportamento sufficientemente cauto, in quanto vi è comunque un non trascurabile rischio di ledere l'arteria femorale. Quando un'arma da fuoco è concretamente disponibile e le circostanze ne suggeriscono l'impiego in termini dannosi, lo sparo alle gambe può però forse tornare a essere una soluzione *ex ante* accettabile, in quanto consente di rendere più difficile il movimento dell'aggressore e ha verosimilmente meno probabilità di risultare mortale rispetto a un colpo indirizzato all'addome o al capo. Sembra di scorgere gli "ingredienti" di un rischio consentito: la sinergia tra tipicità e (carenza di) antigiuridicità può avere quale *output* una valida regola cautelare «impropria».

Una conferma di quanto appena detto sembra provenire dall'osservazione di alcuni interventi realizzati da membri delle forze di polizia, i quali hanno sparato effettivamente alle gambe degli aggressori[104]. Certo, questo non deve far pensare che l'utilizzo di un'arma da fuoco sia sempre adeguato, anche perché, opportunamente, l'ordinamento richiede di prestare attenzione a elementi quali, tra gli altri, la necessità e la proporzione della difesa. Essi vanno declinati nel caso concreto. Ci sono infatti casi in cui l'impiego di una pistola può risultare eccessivo[105], così come altri in cui il possesso di un'arma

[104] Non sono poche le notizie di cronaca che riportano la neutralizzazione di un soggetto violento o comunque minaccioso (per sé o per altri) tramite l'esplosione di un colpo di pistola, da parte delle forze dell'ordine, alle gambe del soggetto stesso. Relativamente a vicende degli ultimi anni, ad esempio: *Milano, armato di coltelli semina il panico: polizia gli spara alle gambe*, in *www.repubblica.it*, 8 aprile 2017; *Aggredisce la Polizia con il taglierino: fermato con un colpo di pistola alle gambe*, in *www.quibrianzanews.com*, 19 gennaio 2018; *Caserta, minaccia i clienti al bar: ferito alle gambe dai poliziotti*, in *www.ilmessaggero.it*, 19 giugno 2019; estendendo lo sguardo oltre i confini nazionali, *Sparatoria nella Cattedrale a Berlino: due feriti. La polizia ha sparato alle gambe ad un uomo, un 53enne austriaco, che dava in escandescenza nel Duomo, anche il poliziotto è rimasto ferito*, in *www.lastampa.it*, 4 giugno 2018.

[105] In questa prospettiva di minor letalità sembrerebbe collocarsi anche la graduale introduzione (o quantomeno la sperimentazione: art. 19, d.l. 4 ottobre 2018, n. 113) di strumenti come il c.d. *taser* (altrove, ad esempio negli Stati Uniti

da fuoco da parte dell'aggressore può invece suggerire un comportamento persino più invasivo rispetto all'esplosione di un colpo alle gambe, secondo la logica per cui in condizioni estremamente critiche è più opportuno – *rectius*: è *necessario* – mirare direttamente al "bersaglio grosso", cioè al tronco, perché puntare agli arti potrebbe rendere più probabile un errore (pagabile, per ragioni di tempismo, con la propria vita), essendo minore la superficie disponibile; inoltre, raggiungere le gambe potrebbe comunque non bastare per neutralizzare l'altrui utilizzo dell'arma da fuoco.

Anche nell'impiego dell'arma da fuoco a scopo meramente intimidatorio, che lascia immaginare un pericolo non proprio attuale, quantomeno per la persona, o comunque di più lieve entità, sono ovviamente configurabili regole cautelari: stimolare la desistenza altrui tramite l'esplosione di colpi (deliberatamente) "a vuoto" deve essere fatto prestando attenzione alla traiettoria dello sparo. Fa riflettere, al riguardo, il recente caso del custode di una villa di Bazzano, in provincia di Bologna[106], che, avvertendo la presenza nell'area cortiliva e in orario notturno di soggetti plausibilmente intenzionati a rubare, ha sparato in totale cinque colpi di pistola da due diverse finestre dello stabile in cui si trovava insieme alla moglie. Stante il fatto che i punti di sparo erano rialzati di alcuni metri rispetto alla superficie esterna, l'assenza di uno scopo lesivo – così ha costantemente affermato l'uomo sin dalle prime indagini – ovviamente non vale, di per

---

d'America, ampiamente in dotazione alle forze dell'ordine da tempo), cioè un oggetto dalle sembianze di una pistola ma che può essere utilizzato solo a distanza ravvicinata e che può inibire i movimenti della persona da "controllare" attraverso scariche elettriche che provocano una contrazione muscolare. In senso critico, si vedano, però, D. Bertaccini, *Dotazioni di armi comuni ad impulsi elettrici e interpretazione autentica sulle armi in dotazione alla polizia municipale (artt. 19 e 19-ter, d.l. n. 113/2018, conv. con modd. da l. n. 132/2018)*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 249 ss.; R.A. Ruggiero, *Lo sbarco del taser in Italia: i diritti (non) presi sul serio*, in *Sist. pen.*, 20 marzo 2020.

[106] Per una più dettagliata descrizione del caso, ancorché effettuata "a caldo", cioè subito dopo i fatti e con le necessarie precauzioni dettate dalla parzialità e ufficiosità e del quadro probatorio, sia consentito il rinvio a M.L. Mattheudakis, *Legittima difesa: il caso del custode della villa di Bazzano*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 30 gennaio 2020.

sé, a escludere la sussistenza di colpa o, quantomeno, di una violazione cautelare nella gestione dell'arma. La vicenda giudiziaria seguirà il proprio corso – il procedimento potrebbe anche far emergere una deviazione del tutto accidentale e quindi imprevedibile del colpo mortale – ma, volendo generalizzare uno spunto che offre l'osservazione di questo caso, sembra possibile affermare che sparare al solo scopo di far desistere altri da un'azione in corso può essere conforme a cautela se la traiettoria del colpo o dei colpi è dal basso verso l'alto e non certo in linea retta, in particolare quando i soggetti coinvolti sono sulla stessa superficie, così come, in casi simili a quello del custode di Bazzano, appare arduo legittimare l'esplosione di colpi dall'alto verso il basso; quantomeno, la polizia italiana ha ricevuto direttive comportamentali piuttosto diverse[107].

Per quelle prospettive dottrinali che parametrano sempre la regola cautelare alla miglior scienza ed esperienza oppure (ma con differenze talora minime) a un unico e inflessibile agente modello, il più esperto nel gestire quel rischio, l'atteggiamento che ci si attende da un rappresentante delle forze dell'ordine addestrato potrebbe tradursi in istruzione operativa anche per i comuni cittadini. Se è vero, allora, che, in ottica difensiva, il divieto di commettere un fatto che in altre condizioni sarebbe illecito viene "rimosso" e l'agente può contare sull'esistenza di criteri di orientamento comportamentale, non tutto è semplice come può sembrare e sorge anzi immediatamente un interrogativo: è opportuno richiedere al cittadino di impiegare la forza e regolarne l'uso a fini difensivi esattamente come farebbe un professionista della gestione del pericolo? Se un simile accostamento evoca più di altri la tradizionale logica dell'agente modello, che non a caso è definito come *homo eiusdem professionis et condicionis*, è pure vero che il cittadino, quando si trova "alle strette", non sceglie affatto di cimentarsi con l'attività concreta in una prospettiva strettamente professionale ma è costretto a farlo in una

[107] Si veda la circolare «Uso delle armi – Direttive», datata 30 giugno 2008, a firma dell'allora capo della polizia Antonio Manganelli, in *www.siulp.it*. Nelle pp. 4 e 5 del documento si legge un invito all'estremo contenimento della «prassi, divenuta piuttosto frequente, degli spari a scopo intimidatorio», i quali andrebbero comunque realizzati con molta attenzione, perché potrebbero colpire involontariamente terzi innocenti «o, anche, lo stesso autore del reato» (p. 4).

parentesi improvvisa e spesso imprevedibile della propria vita, non di rado completamente impreparato – ciò non sembra poter di per sé rappresentare motivo di biasimo[108] – eppure «costretto» ad agire. Se un ordinamento moderno e attento anche ai diritti fondamentali dell'aggressore[109] non può legittimare qualsiasi reazione sul solo presupposto che sia coperta da una "buona fede difensiva", è anche vero che assumere sul piano del dover essere il parametro del professionista del controllo del pericolo può non di rado risultare iniquo e finirebbe per lasciare al livello di valutazione della colpevolezza colposa (cioè dell'esigibilità) il compito di far venir meno la responsabilità per il reato da rapportare alla scriminante. Un compito che suscita qualche apprensione, considerati gli orientamenti giurisprudenziali contemporanei e la loro ritrosia a valorizzare la colpevolezza colposa[110].

---

[108] L'inciso formulato nel testo sembra pertinente se il fattore "novità" viene rapportato al coinvolgimento emotivo, ma il discorso evidentemente si complicherebbe se si volesse affermare il principio per cui la detenzione e poi l'uso di un'arma da fuoco a fini difensivi sono in ogni caso legittimabili, a prescindere da qualsiasi consapevolezza circa la manovra dell'arma stessa. Salvi casi eccezionali, non può bastare una generica "buona fede difensiva" per autorizzare un uso del tutto improvvisato di strumenti micidiali. Rimane, sullo sfondo, lo spettro della colpa per assunzione.

[109] Il riferimento ai diritti fondamentali è particolarmente pertinente se si pensa al dettato dell'art. 2 CEDU, rubricato «Diritto alla vita», ove eccezionalmente si "giustificano" – così si potrebbe dire impiegando un linguaggio più specifico di quello della Convenzione – alcune ipotesi in cui la morte «è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario», ad esempio «per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale». Tra i contributi sulla legittima difesa, diffusamente, V. Plantamura, *L'omicidio per legittima difesa (II parte)*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 1 (web), p. 4 ss., nel senso della riferibilità di tale disciplina sovranazionale solo all'azione dei pubblici poteri e non anche ai privati cittadini; più di recente, A. Gargani, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 Cedu*, in *Leg. pen.*, 14 febbraio 2019, in particolare p. 15, ove l'auspicio che la Corte di Strasburgo sviluppi un'interpretazione evolutiva della disciplina dell'art. 2 CEDU tale da estendere esplicitamente la tutela della vita umana anche in coincidenza di forme di autodifesa privata "eccessive"; il che esprimerebbe «un significato politico, civile e culturale di alto profilo, destinato a trascendere l'ambito della legittima difesa e a conferire una nuova luce e intensità espressiva alla tutela della vita, nella più ampia cornice valoriale della protezione della dignità umana».

[110] Non del tutto prive di ragionevolezza sembrano però prese di posizione come quella di Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 24084, in *DeJure*, che palesa sì una resistenza al riconoscimento di profili di esigibilità del comportamento

In quest'ultima direzione sembra comunque essersi mosso di recente il legislatore, tramite la l. 26 aprile 2019, n. 36, pur nel quadro di un controverso intervento di riforma volto, in parallelo, a incidere anche sulle condizioni di sussistenza di singoli requisiti – «sussiste sempre il rapporto di proporzione» (art. 52, comma 2, c.p.) – oppure dell'intera scriminante – «agisce sempre in stato di legittima difesa» (art. 52, comma 4, c.p.) – almeno secondo una interpretazione strettamente letterale. Su questi ultimi profili innovativi si è concentrata ampiamente la dottrina, non di rado in termini critici[111] quanto

doveroso connessi alla concitazione, ma dimostra almeno premura nell'individuazione della regola cautelare (relativa, in questo caso, alla riconoscibilità del pericolo), tenendo cioè conto dell'attività intrapresa dall'agente concreto e delle competenze di questo. La pronuncia in questione è interessante soprattutto nella parte in cui, pur "ratificando" il segno di quella di appello, la corregge aggiungendo importanti precisazioni: «La motivazione della sentenza impugnata deve, tuttavia, essere emendata ai sensi dell'art. 619 c.p.p. in quanto errata in diritto, sebbene si tratti di errore che non incide sul dispositivo, laddove ha ritenuto che il giudice di primo grado avrebbe dovuto considerare lo stato di estrema concitazione e di oggettiva paura nella quale necessariamente doveva versare l'imputato, sebbene tutore dell'ordine addestrato all'uso delle armi. Si tratta, infatti, di affermazione che non tiene conto della regola di giudizio secondo la quale, nell'applicazione dell'art. 59 c.p., u.c. "Nelle ipotesi in cui per legittima difesa, reale o putativa, si faccia uso delle armi, il vaglio circa la proporzionalità tra l'offesa e la reazione deve essere particolarmente rigoroso, tanto più quando l'agente stia svolgendo un'attività tipica di polizia e sia ragionevole attendersi un elevato livello di autocontrollo ed un'accorta ponderazione nell'uso dei mezzi coercitivi a disposizione. Il giudizio inerente alla causalità della colpa, dunque alla prevenibilità dell'evento, va, infatti, determinato in concreto, avendo presenti tutte le circostanze in cui il soggetto si trova ad operare ed in base al parametro relativistico dell'agente modello, dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, considerando le specializzazioni ed il livello di conoscenze dell'agente concreto". In base a tale regola, al giudice di merito non è consentito considerare gli stati d'animo o i timori personali dell'agente che faccia uso delle armi, ove non supportati da circostanze oggettive in cui sia ragionevolmente maturata l'erronea percezione del pericolo di vita» (punto 5 del «Considerato in diritto»).

[111] La produzione scientifica in argomento, anche limitandosi ai contributi recenti, è difficilmente dominabile e i richiami che in questa sede si possono fare non sono accompagnati da alcuna ambizione di completezza.

Va peraltro evidenziato che l'attenzione nei confronti della politica criminale relativa alla legittima difesa si è intensificata proporzionalmente alla centralità che il dibattito ha avuto anche nell'opinione pubblica, dove strumentalmente si sono tavolta veicolati messaggi di pura propaganda, più che altro in quanto giuridicamente irrealizzabili, in particolare cavalcando, nella sua "purezza", lo *slogan* per cui «la difesa è sempre legittima». Va dato merito all'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale di aver cercato di fare autorevolmente chiarezza sul tema, peraltro

alla evidente volontà politica di presidiare di presunzioni (nel solco della «castle doctrine» nordamericana)[112] il regime giuridico della c.d. legittima difesa domiciliare[113], introdotta con la l. 13 febbraio 2006, n. 59[114]. Qui, anche al fine di non impegnare la trattazione

svelando l'ingenua (se non ipocrita) forzatura di prospettazioni nel senso di precludere persino l'avvio di un procedimento penale laddove si faccia questione di legittima difesa. Eloquente è l'articolata intitolazione del comunicato datato 24 luglio 2018: *La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini. Nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino*, (ad esempio) in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2018. Tra gli impegni di carattere "istituzionale" della dottrina penalistica, in termini per lo più assonanti, va menzionata anche l'audizione presso la Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, in data 19 settembre 2018, dei Professori Giovanni Maria Flick, Gaetano Insolera, Sergio Moccia, Francesco Palazzo e Tullio Padovani.

[112] Per una sua illustrazione rapportata alla politica criminale italiana recente, in particolare, F. Consulich, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Sist. pen.*, 21 novembre 2019, p. 7 ss.

[113] Si veda la lettera del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, contestuale alla promulgazione della legge del 2019, in cui si affacciano alcuni rilievi critici, cominciando col dire che il fondamento costituzionale della scriminante, anche della sua declinazione c.d. domiciliare, «è rappresentato dall'esistenza di una condizione di necessità». Il documento è accessibile da *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2019, ove anche un commento sui profili di costituzionalità che si pongono proprio in ragione del tentativo politico di vincolare il giudice a un riconoscimento della scriminante potenzialmente presuntivo, a seconda dell'interpretazione dell'avverbio «sempre», che, per l'Autore, in sintonia col Capo dello Stato, non potrebbe comunque riguardare il requisito della necessità: G.L. Gatta, *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*.

[114] Quanto alla "gestazione" della riforma del 2006, significativo punto di riferimento e, a ben vedere, anche di partenza per decifrare meglio non poche sfumature della disciplina attuale, è l'esplicito confronto tra Alberto Cadoppi («Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto». *Riflessioni* de lege ferenda *sulla legittima difesa*, ove particolare attenzione è dedicata al rapporto tra disciplina della legittima difesa e *Kulturnormen*, spesso evocative di una percezione di eccessivo privilegio legislativo dell'aggressore piuttosto che dell'aggredito; ciò anche in contesti giuridici come quello nordamericano, notoriamente più permissivo sull'uso delle armi) e Francesco Viganò (*Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*) in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., rispettivamente, p. 1377 ss. e p. 2001 ss. Tra i contributi più critici, prima dell'approvazione della l. n. 59 del 2006, P. Pisa, *La legittima difesa tra* Far West *ed Europa*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 797 s.

Sulle novità effettivamente introdotte da tale legge, sembra opportuno richiamare ancora due sensibilità diverse – lo si comprende già dai titoli dei contributi –

in complessi approfondimenti che allenterebbero troppo il contatto con i suoi obiettivi dichiarati, sia consentito privilegiare la modifica normativa esplicitamente dedicata alla responsabilità colposa.

È nel nuovo comma 2 dell'art. 55 c.p. che si trova un esplicito riferimento a profili di colpevolezza in senso stretto, in particolare dove si stabilisce l'esclusione della punibilità nei casi di eccesso colposo di legittima difesa c.d. domiciliare attribuibile a un soggetto «in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto»[115].

Si tratta della disposizione codicistica forse meno criticata nell'ambito della disciplina risultante dalla riforma del 2019[116], perché, nel merito, propone una soluzione che risponde a logiche di ragionevolezza in parte indipendenti, una volta stabilito rispetto a che cosa si eccede, dalla precisa linea di confine tra lecito e illecito. Non decide ciò che è considerato dall'ordinamento «la cosa *giusta* da fare, o una cosa che *si può fare*»[117], ma, analogamente al § 33 StGB

---

messe a confronto (ancorché meno direttamente) nello stesso contesto editoriale: A. Cadoppi, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*; E. Dolcini, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, entrambe in *Dir. pen. proc.*, 2006, rispettivamente, p. 434 ss. e p. 431 ss.

[115] Tra i contributi interamente incentrati su tale elemento della nuova disciplina, F. Bacco, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2019, p. 53 ss.

[116] Tra le critiche più autorevoli, si veda quella di C.F. Grosso, *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019, n. 102*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 891 e 892, che ravvisa il rischio di un'apertura di «praterie alla impunità», perché «il giudice, di fronte alla difficoltà di stabilire se il turbamento è stato grave o non grave sarà portato a riconoscere sempre, o quasi sempre, la non punibilità (tanto più trattandosi di fatti che si sono verificati in un luogo di privata dimora o ad esso assimilato). Un risultato che, se risultasse confermato dalla esperienza, sarebbe sconcertante».

[117] Per questa efficace terminologia, G.L. Gatta, *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018.

Che l'ordinamento non esprima un giudizio di incondizionata "accettazione" del comportamento di chi eccede i limiti della legittima difesa nel domicilio per «grave turbamento» è confermato dal nuovo comma 3 dell'art. 2044 c.c. Mentre i due commi precedenti si esprimono esplicitamente in termini di esclusione della responsabilità riferendosi alle ipotesi di legittima difesa pienamente riconosciuta, quello ora in considerazione opta per una soluzione di compromesso: «Nel caso di cui all'articolo 55, secondo comma, del codice penale, al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì

(che fa leva sui concetti di «Verwirrung», «Furcht» e «Schrecken», con varie sfumature evocativi di una condizione di «turbamento»)[118] e a ulteriori discipline straniere[119], si limita a riconoscere esplicitamente al giudice il potere di *scusare* un individuo che abbia agito in condizioni in cui difficilmente poteva fare di meglio, cioè attenersi a ciò che un agente pienamente lucido e competente (ma forse poco "umano", a meno che non si pensi, come si è prima ipotizzato, a figure professionali addestrate, peraltro anch'esse soggette fisiologicamente a qualche tasso di emotività) avrebbe fatto al suo posto[120]:

---

conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato». La disposizione è particolarmente assonante a quella dell'art. 2045 c.c., dedicata allo stato di necessità; il che ha indotto parte della dottrina a lamentare l'irragionevolezza dell'equiparazione di trattamento tra il terzo incolpevole e l'«*aggressore domiciliare* che si trovi a subire una difesa eccessiva da parte dell'aggredito»: F. Consulich, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giur. Pen.*, 2019, n. 5 (web), p. 12; analogamente, L. Risicato, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Leg. pen.*, 28 giugno 2019, p. 17, che ravvisa una «vistosa irragionevolezza». Va comunque notato che, nel comma 3 dell'art. 2044 c.c., l'«equo apprezzamento del giudice», che è criterio ontologicamente volto a determinare una quantificazione calibrata alle peculiarità del caso concreto, viene anche esplicitamente rapportato ai dettagli del comportamento dell'aggressore, con l'effetto di consentire, in concreto (fermo restando, ovviamente, un inevitabile tasso di difformità di giudizio sul territorio nazionale), un'adeguata differenziazione di trattamento rispetto ai casi di stato di necessità.

[118] Tra i manuali più autorevoli, uno di quelli che dedica maggior spazio alla specifica disposizione è quello di C. Roxin, *Strafrecht*, cit., p. 991 ss. Nell'ambito dei commentari, si vedano le aggiornate trattazioni di U. Kindhäuser, *§ 33*, in U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1650 ss.; W. Perron, J. Eisele, *§ 33*, in *Schönke/Schröder Strafrechtgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 677 ss.

[119] Per riferimenti comparatistici recenti, L. Risicato, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., p. 14 ss., che, conclude sul punto in termini critici (p. 16), ravvisando una situazione «a dir poco inquietante», in particolare notando come il legislatore italiano «abbia preso a modello, consapevolmente o inconsapevolmente, i codici penali di due "democrazie illiberali"», ossia l'Ucraina e l'Ungheria. La critica in tal senso sembra però riferirsi principalmente alla disciplina della scriminante pienamente riconoscibile, tant'è vero che, sull'eccesso colposo, oltre a quella tedesca, si menzionano soluzioni analoghe non certo tutte frutto di regimi illiberali (p. 14).

[120] Può condividersi, in linea di massima, l'osservazione per cui il legislatore avrebbe qui concesso al giudice uno spazio discrezionale che complessivamente – il riferimento è, in particolare, al plurimo ricorso all'avverbio «sempre» nell'art. 52 c.p. – si è cercato di sottrargli: così, ad esempio, F. Consulich, *La legittima difesa*

«che si tratti di un problema da sempre avvertito come assai delicato lo dimostra l'antico detto secondo cui l'aggredito che si difende "non ha la bilancia in mano" (non habet staderam in manu)»[121].

Il ricorso, poc'anzi, al verbo «riconoscere» non è casuale, perché esso si concilia anche con una lettura dottrinale che attribuisce una portata relativamente innovativa al dettato del nuovo comma 2 dell'art. 55 c.p.: esso prospetterebbe una soluzione che sarebbe stata comunque possibile anche lasciando il dato legale com'era[122]. In questo senso, si è rilevato come la speciale condizione emotiva considerata avrebbe cioè potuto essere valorizzata già *de iure condito* prestando attenzione sostanzialmente alla misura "soggettiva" della colpa, che imporrebbe di valutare l'esigibilità del rispetto della regola cautelare alla luce di tutte le condizioni concrete in cui si è trovato l'agente, così da far emergere la dimensione personale in senso forte, cioè autenticamente colpevole della responsabilità colposa. Il rilievo è di per sé corretto e l'osservazione di una sua traduzione in regola di giudizio in alcuni (a ben vedere, rari) precedenti[123] è argomento pertinente, ma, siccome in contesti del genere è ampiamente incerta persino la fissazione, a monte, della regola cautelare, il fatto che il legislatore abbia esplicitamente individuato una criterio teso almeno a "umanizzare" il rimprovero non sembra un aspetto da censurare, per quanto la sua elasticità possa effettivamente richiedere una messa a punto, quantomeno giurisprudenziale. Ad esempio, non è del tutto chiaro in che modo accertare la condizione di turbamento, se considerando la sola prospettiva del soggetto con animo

---

assiomatica, cit., p. 9 ss., il quale si spinge a ritenere, forse eccessivamente, che si tratti di «una delega in bianco all'interprete» (p. 10) e che, in definitiva, possa comportare «una caduta della tensione general preventiva che da sempre caratterizza il nostro diritto penale a proposito della sfera affettiva irrazionale» (p. 11).

[121] Lo ricorda, nonostante i toni critici, il già citato documento dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, che si riferisce alla scusabilità dell'eccesso di difesa ma anche già al concetto di proporzione.

[122] In questo senso, poco prima dell'approvazione della riforma, G.L. Gatta, *Sulla legittima difesa "domiciliare"*, cit.; R. Bartoli, *Verso la "legittima offesa"? Brevi considerazioni sulla riforma* in itinere *della legittima difesa*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2019, p. 24 ss.

[123] In particolare, Cass. pen., Sez. IV, 20 giugno 2018, n. 29515, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018, con commento di G.L. Gatta, *Sulla legittima difesa "domiciliare"*, cit.

difensivo oppure non prescindendo comunque da una "oggettiva" situazione di pericolo[124].

Il privilegio per una valutazione del «grave turbamento» ancorata a profili "oggettivi" è in un certo senso già sancito dallo stesso legislatore, che ha scelto di riservare l'esclusione della responsabilità penale pur in presenza di una reazione inosservante delle cautele doverose alle sole ipotesi di esistenza effettiva di un pericolo e della necessità di difesa, tant'è vero che manca un'analoga previsione riferita alla putatività. Al riguardo, si può anche insistere sulla diversità, appunto "oggettiva", delle due situazioni considerate dagli artt. 55, comma 2 e 59, comma 4, c.p., ma se si è disposti davvero a riconoscere ruolo *scusante* alla condizione di «grave turbamento», allora la ragionevolezza di una disparità di trattamento risulta solo apparente[125], in quanto finisce per rispondere, di fatto, alla insidiosa (anche perché talvolta poco lampante, come magari in questo caso) logica del *versari in re illicita*: in fondo, è proprio il carattere giustificato (e quindi lecito) o meno della reazione a determinare la rilevanza di una carenza concreta di colpevolezza.

Che il fattore emotivo debba essere attentamente considerato anche in occasione dell'errore rappresentativo sull'esistenza dei pre-

---

[124] Vengono ancora una volta in mente le parole del Presidente della Repubblica, che, nella sua lettera contestuale alla promulgazione, ha rilevato che «è evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta».

In dottrina, si veda L. Risicato, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., p. 12, la quale ritiene indispensabile una interpretazione restrittiva del requisito in questione, "accolto" con molte riserve e giudicato «evanescente»: «il grave turbamento dev'essere causalmente ricollegato all'oggettiva situazione di pericolo attuale e deve altresì aver causato l'eccesso di legittima difesa».

[125] Sull'opportunità di considerare in termini omogenei queste due ipotesi, R. Bartoli, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., p. 25; analogamente, poco prima dell'introduzione della nuova disciplina, F. Cingari, *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 3 (web): «anche con riferimento alle ipotesi di legittima difesa putativa, in prospettiva *de iure condendo*, il rafforzamento della rilevanza del particolare stato emotivo della vittima dell'aggressione potrebbe essere del tutto plausibile». Marca invece la differenza tra le due ipotesi, calando l'accento sulla presenza effettiva delle condizioni di legittima difesa soltanto in una delle due ipotesi, D. Pulitanò, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 207, ravvisando nella soluzione vigente «un bilanciamento d'interessi più equilibrato».

supposti di una scriminante basata su elementi quali la necessità e il pericolo (che può ben essere mortale) è conclusione a cui sembra implicitamente guidare anche quella dottrina che, nei contesti in questione, è disposta a ricostruire in termini diversi dal solito la linea di confine tra responsabilità dolosa e colposa. Così, lo stato di dubbio dovrebbe essere con molta più cautela del solito posto a fondamento di un dolo eventuale e non potrebbe nemmeno avere applicazione l'aggravante dell'art. 61, n. 3, c.p.[126], al di là del fatto che essa si riferisce esplicitamente alla previsione dell'evento, mentre qui ciò che è incerto è l'esistenza di elementi concomitanti, ancorché rilevanti a fini prognostici, cioè relativamente all'evoluzione dei fatti.

Una soddisfacente messa a fuoco del problema sembra oggi resa complessa anche dal fatto che la giurisprudenza non ha sufficientemente chiarito, per lo più evitando di pronunciarsi sull'argomento – pure la dottrina sembra spesso "aggirarlo" – quale sia il parametro da assumere per l'edificazione della regola cautelare. Solo una volta definita quest'ultima si potrà fino in fondo valutare la plausibilità politico-criminale di soluzioni basate sulla esigibilità, la quale è comunque un concetto di relazione e abbisogna di rapportarsi a un oggetto preciso: la regola cautelare, appunto.

Stesso discorso varrebbe anche laddove si volesse piuttosto optare per una soluzione in un certo senso compromissoria tra quella attuale e quella previgente, incentrata sul grado della colpa[127], perché esso può essere accertato anche e soprattutto facendo riferimento alla distanza tra il comportamento tenuto e quello dovuto.

Non si può dunque prescindere dall'individuazione di un corretto *modus operandi*, sia esso funzionale alla decifrazione della situazione oppure alla neutralizzazione più strettamente operativa del

---

[126] In questo senso, S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 223 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali. In argomento, in seguito, si veda anche M. Masucci, *'Fatto' e 'valore' nella definizione del dolo*, cit., p. 319 ss.

[127] In termini esplicitamente favorevoli alla esclusione della punibilità dell'eccesso di legittima difesa per colpa lieve, F. Diamanti, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1382 ss., che non limita il criterio proposto al solo contesto domiciliare; M. Donini, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 726.

pericolo. È per questo che non sembra possibile seguire l'autorevole opinione di Tullio Padovani per cui, nel parlare di «colpa impropria» in questi casi, sarebbe «improprio» più che altro il riferimento alla colpa[128]: «le regole di prudenza e di diligenza attengono ai contesti ordinari della vita, e non possono ragionevolmente presiedere alla valutazione di una situazione repentinamente conflittuale determinata da un'aggressione altrui, che suscita per sua stessa natura reazioni psicologiche ed emotive del tutto avulse dalla quotidianità».

Lo stesso Padovani, a ben vedere, parla comunque di «inosservanza della regola» e del maneggiare «maldestramente» l'arma, il che sembra smentire proprio l'affermazione per cui sarebbe sostanzialmente fuori luogo parlare di regole cautelari. È vero, come afferma sempre l'illustre Autore, che assumono importanza decisiva le ragioni che hanno determinato l'inosservanza, ma ciò avviene in tutte le ipotesi di colpa, in cui, oltre all'accertamento della violazione cautelare, non si può in ogni caso prescindere da un'analisi del processo motivazionale dell'agente: il che ricalca esattamente l'accertamento della misura "soggettiva" della colpa[129].

Occorre pertanto calarsi nel merito. Se assumere come punto di riferimento il comportamento che avrebbe tenuto un accorto e addestrato agente delle forze dell'ordine ogni volta che entra in scena un'arma a fini difensivi può apparire eccessivo e talvolta "fuori fuoco" – la difesa della propria famiglia nel proprio domicilio, magari in orario notturno, potrebbe infatti apparire, sotto molti punti di vista, uno scenario eccentrico rispetto agli interventi "tipici" della polizia – la ricostruzione di un diverso modello di agente, inevitabilmente meno definito, rischia però di essere rimessa all'intuizionismo del giudice; intuizionismo che un criterio alternativo come quello della persona ragionevole forse scongiura solo in parte[130].

---

[128] In questo senso il testo scritto (in *www.senato.it*; ci si riferisce, in particolare, alle pp. 2 e 3) collegato all'audizione di Tullio Padovani presso la Commissione Giustizia del Senato della Repubblica del 19 settembre 2018.

[129] Quando si conclude affermando che «il sintetico (ed improprio) riferimento alla "colpa" rende incerto e addirittura incongruo un confine che dovrebbe essere invece definito – non c'è dubbio – con maggiore pertinenza e rigore», nella sostanza, pare si invochi chiarezza sulla definizione della regola cautelare.

[130] A uno stallo sembra pervenire anche F. Bacco, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., p. 60, a cui va quantomeno riconosciuto il merito di aver

Le difficoltà di individuazione della regola cautelare nel contesto della legittima difesa non compromettono in ogni caso la possibilità di pervenire a una conferma della pertinenza dell'argomento rispetto al tema dell'imputazione colpevole differenziata, ora declinata in parte all'interno e in parte all'esterno del piano selettivo "forte" della tipicità. Si è visto come al dolo relativo a un fatto tipico si associano regole cautelari e valutazioni, con funzione particolarmente assorbente, sulla colpevolezza colposa.

---

colto l'importanza di affrontare l'argomento. Egli ravvisa il profilarsi di «un differente criterio di valutazione della colpa attraverso l'implicito riconoscimento di una tipologia di agente modello meno rigida ed esigente, che potremmo definire come "agente ragionevolmente turbato" e che di fatto prende atto dell'impossibilità di comportarsi da agente modello in determinate situazioni di stress psicologico». Nel periodo successivo, però, si dà conto della più naturale collocazione di fattori come il turbamento nell'ambito della colpevolezza in senso stretto: «A venire in gioco è la categoria dell'inesigibilità, da intendersi come situazione di conflitto motivazionale indotto da fattori esterni che, pur non inficiando la 'comprensione normativa della situazione' da parte del soggetto, ne condizionano in modo determinante la libertà di scelta: in questo senso, il grave turbamento influisce sulla colpevolezza dell'eccesso, lasciando intatta la dimensione oggettiva dell'addebito colposo, quale violazione di regole cautelari nella reazione difensiva. Il fatto rimane tipico e antigiuridico, dando luogo a una forma di una 'colpa non punibile': l'esito pratico, ispirato da una sorta di empatia dell'ordinamento verso il soggetto aggredito, mantiene ben fermo un riconoscimento di illiceità della reazione 'oltre le regole'». In questo modo, l'Autore dimostra di ritornare al punto di partenza e si ripropone il quesito: quali regole?

Capitolo VIII

LA DIMENSIONE PLURISOGGETTIVA DELL'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA

1. *Una sollecitazione congiunta dei principi di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza*

Dopo aver affrontato diverse esemplificazioni di imputazione colpevole differenziata osservabili già in una dimensione monosoggettiva, è ora il momento di dare conto di come, nella disciplina codicistica sul concorso di persone, vi siano disposizioni tali da poter dar vita, almeno oggi, a significative combinazioni di dolo e colpa. Si tratta di ipotesi che non possono qui essere trascurate, anche perché la convivenza dei due criteri di imputazione colpevole si può apprezzare con riferimento alla tipicità: delle forme di *imputazione colpevole differenziata in senso stretto*, dunque. Ci si riferisce, evidentemente, alle previsioni degli artt. 116 e 117 c.p.

Come dimostrano le sue applicazioni, l'art. 116 c.p. può essere trattato con coerenza rimanendo nell'ambito della tutela della persona, perché, in non pochi casi, l'illecito «diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti» è una fattispecie che offende in via esclusiva o quantomeno in una dimensione di plurioffensività beni giuridici di carattere personale, come nella classica evoluzione furto-rapina.

Va anticipato che non si può dire esattamente lo stesso rispetto all'art. 117 c.p., ma si tratta comunque di una disciplina che è qui opportuno affrontare non tanto per la contiguità in termini di collocazione codicistica rispetto all'art. 116 c.p., quanto, piutto-

sto, perché a tale prossimità corrisponde il completamento di un quadro delle ipotesi di responsabilità mista in sede concorsuale. Si tratta, in altre parole, di ripercorrere lo stesso tipo di itinerario qui seguito procedendo dalle ipotesi in cui la colpa è, *pro quota*, riferita all'evento verso quelle in cui essa, sempre in termini di parzialità rispetto all'intero illecito, si relaziona a elementi diversi da un evento.

La relazione tra le disposizioni in esame e l'art. 27 Cost. è da sempre piuttosto problematica. A breve si darà conto principalmente del percorso di superamento della responsabilità oggettiva in ambito concorsuale, ma è bene avere presente che spesso si è alle prese con problemi di imputazione che sollecitano non meno già i canoni della responsabilità per fatto proprio. Ciò è evidente, in particolare, nell'ambito applicativo dell'art. 116 c.p., posto che la responsabilità per il reato diverso da quello voluto è condizionata da iniziative individuali che si sviluppano potenzialmente al di fuori di ogni portata di intervento degli altri concorrenti.

2. *La disciplina dell'art. 116 c.p., tra necessità di concretizzazione della colpa e problemi di proporzione sanzionatoria*

La trattazione del modello preterintenzionale ha condotto al riscontro dell'esistenza di ipotesi in cui la combinazione di dolo e colpa non è solo eventuale, ma vincolata. Una realtà del genere non è del tutto eccezionale, poiché una simile logica di colpevolezza complessa è riscontrabile anche nell'ambito della responsabilità plurisoggettiva, con ulteriori peculiarità. Si allude al meccanismo di incriminazione dell'art. 116 c.p., rubricato «Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti», la cui disciplina è la seguente: «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» (comma 1). «Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave» (comma 2).

Si tratta di disposizioni che dettano una disciplina dai contorni

non facilmente tracciabili nel dettaglio, ma che ha un nucleo minimo su cui si registra una sostanziale convergenza di vedute[1].

Una rapida esegesi congiunta dei due commi appena riportati sembra indicare che si può addebitare a un soggetto il reato concretamente realizzato da altri, anche se questo è diverso e più grave rispetto a quello voluto (di solito, concordato), bastando a legittimare la maggior responsabilità soltanto la causalità del proprio contributo.

Tra i classici esempi che si citano per indicare la realtà in cui opera l'art. 116 c.p., vi è quello del furto concordato, sconfinato poi nella rapina – che lede (anche) un bene giuridico personale – per scelta di uno o più concorrenti oppure quello della rapina eseguita con armi, in occasione della quale si verifica l'uccisione "fuori programma" di un agente di polizia accorso sul posto o di una guardia privata.

Non è difficile sostenere che si tratti di una disciplina che deroga alle regole (art. 110 c.p.) che, in sua assenza, si applicherebbero al fine di determinare la responsabilità dolosa nell'ambito del concorso di persone nel reato (si parla, infatti, spesso di «concorso anomalo»). Proprio l'oggetto del dolo è l'elemento che viene a essere sostanzialmente privato di una parte essenziale del suo contenuto[2].

I termini della questione possono essere semplificati, separando idealmente in due segmenti il fatto complessivo su cui si fonda la responsabilità penale *ex* art. 116 c.p.

Per essere ancora più concreti, si prenda l'esempio della rapina degenerata in omicidio volontario: tutti i concorrenti concordano sulla realizzazione della rapina con armi per minacciare i cassieri di una banca, ma, con "ottimismo", non si stabilisce alcunché in relazione all'eventualità che sorgano complicazioni.

Il primo segmento logico individuabile è quello relativo alla rapina: si tratta di un delitto doloso, il quale, essendo voluto da tutti, a tutti viene imputato a titolo di dolo. Al secondo segmento logico corrisponde l'omicidio (voluto da taluno, ma non da tutti i concorrenti) della guardia privata di cui si ignorava l'esistenza al momento della pianificazione comune.

---

[1] Indubbio punto di riferimento è la trattazione monografica di A. Pagliaro, *La responsabilità del partecipe*, cit.

[2] È nota l'osservazione di C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1270, il quale parla di «normativizzazione avanzata del dolo».

In un caso del genere, non c'è motivo per escludere radicalmente che chi ha voluto la morte dell'operatore di sicurezza risponda sia della rapina che dell'omicidio. Colui che non ha voluto l'omicidio, però, esprime un atteggiamento doloso soltanto in relazione al primo segmento (la rapina); rispetto al segmento evolutivo della rapina, manca il dolo dell'evento tipico, normalmente richiesto tanto in ambito monosoggettivo (*ex* art. 43, comma 1, 1° alinea, c.p.) quanto nel contesto della responsabilità concorsuale in generale (*ex* art. 110 e, comunque, sempre 43, comma 1, 1° alinea, c.p.). È proprio qui che si inserisce la norma derogatoria dell'art. 116 c.p.[3], in base alla quale, in definitiva, sembra poter essere sufficiente il nesso di causalità tra il proprio contributo per la rapina e l'evento morte per rispondere di omicidio doloso pur in assenza di *animus necandi*[4].

A questa lettura "classica" dell'istituto, che promuove l'ennesima versione della responsabilità oggettiva riconducibile al modello del *versari in re illicita*, si può facilmente opporre l'argomento della violazione del principio costituzionale di colpevolezza[5].

---

[3] Non così se si accedesse alla lettura autorevole (ma non affermatasi) di M. Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 111 e 112, secondo cui in tali casi non si applicherebbe l'art. 116 c.p., definito come una particolare ipotesi di *aberratio delicti* monolesiva.

[4] Si nota come la giurisprudenza puntualizzi spesso la necessaria assenza di qualsiasi forma di dolo per poter configurare l'art. 116 c.p. In tal senso, ad esempio, Cass., 15 novembre 2011, n. 4330, in *DeJure*: «La responsabilità del compartecipe per il fatto più grave rispetto a quello concordato, materialmente commesso da un altro concorrente, integra il concorso ordinario ex art. 110 cod. pen., se il compartecipe ha previsto e accettato il rischio di commissione del delitto diverso e più grave, mentre configura il concorso anomalo ex art. 116 cod. pen., nel caso in cui l'agente, pur non avendo in concreto previsto il fatto più grave, avrebbe potuto rappresentarselo come sviluppo logicamente prevedibile dell'azione convenuta facendo uso, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto, della dovuta diligenza».

[5] In argomento, si vedano, ad esempio, 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*, cit., p. 457 ss.; S. Canestrari, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, in *Studium iuris*, 1996, p. 1396 ss.; G. De Francesco, *Il concorso di persone nel reato*, in A. Cadoppi, E. Carletti, G. De Francesco, G. Fornasari, A. Gamberini, R. Guerrini, G. Insolera, M. Mantovani, N. Mazzacuva, M. Pavarini, L. Stortoni, A. Vallini, M. Virgilio, M. Zanotti, *Introduzione al sistema penale*, II, cit., p. 351 ss.; più di recente, F. Basile, *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 409 ss.; M. Pelissero, *Art. 116*, in G. Forti, S.

Al riguardo, risulta imprescindibile il richiamo di una sentenza "interpretativa di rigetto" della "Consulta" con cui sono state poste le (pur parziali) basi per una faticosa (e non ancora compiuta) affermazione delle ragioni dell'art. 27 Cost., peraltro, messo in tensione anche sul fronte della garanzia di responsabilità per fatto proprio. Nello specifico, l'indicazione data è «che il reato diverso o più grave di quello voluto debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto»[6].

Come è noto, si è trattato di un intervento non risolutivo, visto che soltanto dopo un periodo significativo di oscillazioni giurisprudenziali si è affermata l'idea che si debba accertare una prevedibilità in concreto e non in astratto[7].

Il criterio della prevedibilità in concreto, attualmente dominante, se non è sinonimo perfetto di colpa, di questa, comunque, richiama un tratto distintivo fondamentale[8].

Con un po' di coraggio, stimolato anche dall'onere imposto dalla "Consulta" di tentare sempre una lettura *secundum Constitutionem* della norma sospetta, sembra possibile superare gli ostacoli che se-

---

Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, in particolare p. 519 ss.

[6] Corte cost., 13 maggio 1965, n. 42, cit.

[7] Come espressione dell'orientamento più "penalizzante", si veda Cass. pen., Sez. II, 19 dicembre 1985, in *Cass. pen.*, 1987, pp. 1107 e 1108: «In tema di rapina programmata con l'approntamento di arma micidiale, seguita da tentato omicidio, ai fini della sussistenza del rapporto di causalità psichica *ex* art. 116 c.p., non occorre affatto che l'evento diverso da quello voluto sia stato concretamente previsto o tanto meno accettato dal concorrente come possibile conseguenza delle sue azioni od omissioni, ma è sufficiente la semplice prevedibilità in astratto, in base all'ordinario evolversi delle azioni umane». La giurisprudenza contemporanea è su una posizione diversa; ad esempio, Cass. pen., Sez. II, 15 gennaio 2009, n. 10098, in *DeJure*: «In tema di concorso anomalo, la prognosi postuma sulla prevedibilità del diverso reato commesso dal concorrente va effettuata in concreto, con riferimento alla personalità dell'imputato e alle circostanze ambientali nelle quali si è svolta l'azione». Si veda, però, Cass. pen., Sez. II, 6 dicembre 2011, n. 48340, in *DeJure*: «La violenza (nella specie integrante il reato di resistenza a p.u.) commessa da uno dei concorrenti nel reato di furto o rapina per opporsi all'agente di P.G. che tentava di trarli in arresto costituisce, in astratto, logico e prevedibile sviluppo causale del reato voluto».

[8] Si veda, in particolare, F. Basile, *Il concorso c.d. anomalo di persone*, cit., p. 413, che dà conto dei meriti di Cass. pen., Sez. I, 19 novembre 2013, n. 9770, nel senso di richiedere la prevedibilità in concreto.

parano dal dire che l'imputazione del reato più grave di quello voluto operi oggi colposamente e non a titolo di responsabilità oggettiva.

Allargando la prospettiva, sempre nel quadro della divaricazione in due segmenti logici della responsabilità concorsuale "anomala", si può dire che, in capo al concorrente non protagonista della realizzazione del reato più grave, vi è una colpevolezza necessariamente dolosa, da un lato, ed una colpevolezza colposa, dall'altro.

Resta alquanto problematico il fatto che la punibilità per il secondo segmento di responsabilità sia formalmente a titolo doloso, nonostante il dato sostanziale, sempre di natura colposa. In questo contesto, si tende persino a prescindere dall'esistenza di una fattispecie legale, nei delitti almeno, che punisca la forma colposa di realizzazione del reato, frustrando, così, la *ratio* di garanzia dell'art. 42, comma 2, c.p. La diminuzione obbligatoria di pena del comma 2 dell'art. 116 c.p., pur nella direzione opportuna, non sembra in grado di far passare in secondo piano queste criticità[9].

3. *La disciplina dell'art. 117 c.p. e le recenti sensibilità giurisprudenziali all'interpretazione costituzionalmente conforme*

La disciplina dell'art. 117 c.p. condivide con quella appena sopra considerata la discendenza dalla responsabilità oggettiva. A ben vedere, con riferimento all'art. 117 c.p. non ci sono state in passato pronunce di importanza paragonabile a quella della Corte costituzionale sull'art. 116 c.p.; il che ha consentito che a lungo si

[9] Coglie nel segno il rilievo di F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 214, per cui l'interpretazione correttiva volta ad affermare il principio di colpevolezza sul piano del *nullum crimen sine culpa* non sarebbe comunque sufficiente: «per il principio di proporzione, che esige sensibili differenze sanzionatorie se differenti sono gli elementi soggettivi (dolo o colpa), questa soluzione della giurisprudenza è illegittima»; analogamente, G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., pp. 410 e 411, il quale denuncia l'«irragionevole sproporzione» tra misura della pena (uguale a quella per il delitto doloso) e grado di colpevolezza (colposa), concludendo che, pertanto, nonostante il riferimento al parametro della prevedibilità, «il principio di colpevolezza non può dirsi pienamente rispettato»; inoltre, F. Basile, *Il concorso c.d. anomalo di persone*, cit., pp. 415 e 416.

relegasse questa ipotesi tra quelle ancora residue di responsabilità oggettiva[10].

Solo di recente la Corte di legittimità si è pronunciata in termini più decisi nel senso di imporre un'interpretazione costituzionalmente orientata, per la quale la qualifica del c.d. *intraneus* deve essere conoscibile per il c.d. *extraneus*: «Ai fini dell'applicabilità dell'articolo 117 del codice penale, che disciplina il mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti, è necessaria, per l'estensione del titolo di reato proprio al concorrente extraneus, la conoscibilità della qualifica soggettiva del concorrente intraneus. In altri termini, mentre nel caso in cui il concorrente estraneo abbia avuta la conoscenza della qualifica soggettiva dell'intraneo, il contributo offerto dal compartecipe è ascrivibile alla norma-cardine in tema di concorso di persone di cui all'articolo 110 del codice penale, nell'ipotesi, invece, della non conoscenza di tale qualifica soggettiva, perché possa addebitarsi il reato più grave all'extraneus è necessario, in un'ottica costituzionalmente orientata tale da garantire il rispetto del principio di colpevolezza, che quest'ultimo abbia ignorata la qualifica "colposamente", perché cioè tale qualifica avrebbe dovuto essere concretamente "conoscibile" alla stregua di un parametro di giudizio analogo a quello adottato in materia di colpa»[11].

Vale la pena evidenziare come, ancora una volta, attraverso l'interpretazione conforme a Costituzione di istituti originariamente ascrivibili all'universo della responsabilità senza né dolo né colpa, si

---

[10] Si rinvia all'itinerario monografico di M. Pelissero, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, Giuffrè, 2004, in particolare pp. 31 ss. e 382 ss.; inoltre, A. Gullo, *Il reato proprio. Dai problemi «tradizionali» alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2005, in particolare p. 265 ss.

[11] Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 25390, (così massimata, aggiungendo che «da queste premesse, è stata annullata con rinvio, per nuovo esame sul punto, la sentenza di condanna che aveva ravvisato ex articolo 117 del codice penale il reato di peculato anche a carico di una badante, quale concorrente dell'amministratore di sostegno – separatamente giudicato – che le aveva versato lo stipendio per un lavoro mai svolto; secondo la Corte, dalla sentenza di condanna, emergeva che la badante – peraltro straniera – era a conoscenza del fatto che chi la retribuiva era un "amico di famiglia", e ciò non bastava per potere argomentare la conoscibilità in capo alla badante del ruolo di amministratore di sostegno effettivamente svolto dal correo») in *Guida dir.*, 2019, 34, p. 73. Sulla sentenza, si veda il commento di C. Pagella, *Concorso dell'extraneus nel reato proprio: la Cassazione rilegge l'art. 117 c.p. alla luce del principio di colpevolezza*, in *Sist. pen.*, 18 dicembre 2019.

riesca a pervenire a un accostamento di tali criteri di colpevolezza, così da dare vita a un'ipotesi di *imputazione colpevole differenziata in senso stretto*. Alla luce di ciò, rimane però decisamente insoddisfacente la soluzione legislativa che comunque mette in tensione il principio di personalità sul piano della proporzione sanzionatoria (che richiama anche gli altri parametri nella sede opportuna già considerati), essendo troppo "debole" la previsione di una mera circostanza attenuante per dare conto di differenze rilevanti sul piano selettivo "forte" della tipicità: una debolezza amplificata dal fatto che, a differenza di ciò che riguarda l'art. 116 c.p., la circostanza ha qui carattere facoltativo.

Capitolo IX

UN'INCURSIONE NEL DIRITTO PENALE "ECONOMICO" PER ALCUNE CONFERME E PER UN'INTEGRAZIONE DEL QUADRO DEGLI ISTITUTI IN GRADO DI ALIMENTARE L'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA

1. *Il significato di uno sguardo al di fuori della tutela penale della persona*

Come è noto, accennare al diritto penale "economico" evoca un'area tematica piuttosto ampia e dai contorni non sempre univocamente intesi[1]. Stante la delimitazione del campo d'indagine di questa trattazione nel senso di privilegiare la tutela penale della persona, l'apertura di una parentesi su tipologie criminose assiologicamente eterogenee ha l'esclusivo obiettivo di smentire la possibile im-

[1] Le opere istituzionali che cercano di razionalizzare tale sistema ne danno ampiamente conto, offrendo peraltro definizioni più o meno restrittive a seconda che l'analisi sia ad ampio raggio oppure circoscritta a specifici contesti: ad esempio, L. Foffani, *Introduzione. Una «nouvelle vague» del diritto penale dell'economia in Italia?*, in L. Foffani, D. Castronuovo, *Casi di diritto penale dell'economia*. I. *Impresa e mercato (Cirio, Parmalat, Antonveneta, Bnl-Unipol)*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 11 ss.; M. Ronco, *Problemi attuali del diritto penale dell'economia*, in E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 2016, p. 1 ss.; A. Lanzi, S. Putinati, *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017, p. 1 ss.; A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale*. Vol. I. *I principi generali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1 ss.; A. Manna, *Introduzione storica al diritto penale dell'impresa*, in Id. (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, 2ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 3 ss.; N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, 4ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. XVII ss.; R. Rampioni, *Diritto penale dell'economia e principi informatori del sistema penale*, in Id. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2019, p. 1 ss.

pressione che l'imputazione colpevole differenziata sia un capitolo dogmatico e politico-criminale del solo ambito della protezione di interessi personali.

Il riferimento a questa diversa area tematica non è casuale, in quanto è quella che forse più di tutte può raggiungere una dignità autonoma[2] di proporzioni paragonabili all'universo della tutela della persona, tant'è vero che è spesso oggetto di materie di insegnamento universitario a sé stanti: guardando anche solo agli atenei italiani, è tutt'altro che raro trovare corsi di «diritto penale dell'economia», «diritto penale dell'impresa», «diritto penale commerciale». Non è semplice stabilire se si tratti di un vero e proprio privilegio o di una sorta di indispensabile compensazione, considerato che la parte generale è solitamente ricostruita (per ovvie esigenze di immediatezza esplicativa) in costante "dialogo" con fattispecie meno "tecniche", quindi di *Kernstrafrecht*, come l'omicidio, le lesioni, la violenza sessuale e che i programmi di parte speciale difficilmente non includono gli stessi reati.

Al di là del fatto che non poche fattispecie che si affrontano nelle trattazioni sul diritto penale "economico" sono poste a tutela (quantomeno anche) di beni giuridici personali, quindi tra le due macro-aree sono ben possibili momenti di sovrapposizione, pure restringendo il campo ai soli illeciti contro interessi di carattere superindividuale – si pensi al diritto penale tributario – non è difficile constatare l'affiorare di limiti analoghi a quelli già riscontrati di imputazioni integralmente dolose. Non è forse un caso che uno degli indiscussi punti di riferimento del diritto penale dell'economia italiano, Cesare Pedrazzi, proprio in tale settore abbia parlato di «tramonto del dolo», riferendosi principalmente alla tendenza giurisprudenziale a "normativizzare" il dolo degli amministratori non esecutivi rispetto all'operato di quelli delegati[3].

Di seguito, non si procederà a una trattazione analitica dei pro-

---

[2] In alcuni manuali, questa idea di dignità autonoma si riflette persino nell'individuazione di una parte generale e di una parte speciale (del «diritto penale dell'impresa»): così, E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, cit.

[3] C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, cit., p. 1265 ss., ove il ragionamento prende le mosse dalla nota vicenda del Banco Ambrosiano.

fili problematici relativi alla struttura e all'accertamento del dolo nei reati "economici"[4] e nemmeno a un'esaustiva rassegna di quelle ipotesi che più richiamano alla mente le dinamiche dell'imputazione colpevole differenziata già affrontate finora. Ci si vuole limitare semplicemente a mostrare con alcune esemplificazioni come anche questo settore possa essere oggetto di studio e di misurazione della tesi che qui si sostiene, cioè che nel nostro ordinamento abbia e possa continuare ad avere diritto di cittadinanza una responsabilità penale caratterizzata da una combinazione di dolo e colpa, tanto in una prospettiva anche esterna alla tipicità quanto rimanendo all'interno della stessa.

2. *Contraffazione e possibilità di conoscere l'esistenza di un titolo di proprietà industriale*

Guardando alle attività d'impresa potenzialmente coinvolte da modelli di tutela penale a imputazione colpevole differenziata, desta particolare interesse il comma 1 dell'art. 473 c.p., rubricato «Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni»: «Chiunque, potendo conoscere dell'esistenza del titolo di proprietà industriale, contraffà o altera marchi o segni distintivi, nazionali o esteri, di prodotti industriali ovvero chiunque, senza essere concorso nella contraffazione o alterazione, fa uso di tali marchi o segni contraffatti o alterati, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 2500 a euro 25.000»[5].

---

[4] Per questo si rinvia alle monografie sul dolo che, in tempi relativamente recenti, più hanno approfondito il tema: in particolare, M. Pierdonati, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 65 ss., 239 ss. e 316 ss.; P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo*, cit., pp. 6 ss. e 222 ss.

[5] L'art. 473 c.p., prosegue, poi, in questo senso: «Soggiace alla pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 3500 a euro 35.000 chiunque contraffà o altera brevetti, disegni o modelli industriali, nazionali o esteri, ovvero, senza essere concorso nella contraffazione o alterazione, fa uso di tali brevetti, disegni o modelli contraffatti o alterati» (comma 2). «I delitti previsti dai commi primo e secondo sono punibili a condizione che siano state osservate le norme del-

Si tratta di una fattispecie collocata nell'ambito dei delitti contro la fede pubblica e la cui formulazione attuale deriva da una riforma attuata con la l. 23 luglio 2009, n. 99. È proprio in coincidenza di questo intervento legislativo che (oltre a essere stato inasprito il trattamento sanzionatorio) la fisionomia del reato è stata modificata con l'introduzione della clausola «potendo conoscere dell'esistenza del titolo di proprietà industriale», lasciando, per il resto, pressoché invariata la struttura tipica[6].

La *ratio* di tale specificazione, ancora una volta, è quella di sottrarre all'oggetto del dolo un elemento essenziale.

Pur non menzionata, infatti, l'esistenza del titolo di proprietà industriale era ciò che, prima, doveva essere effettivamente percepito perché l'agente potesse essere realmente consapevole di compiere una condotta di contraffazione o alterazione.

La giurisprudenza, però, non attribuiva particolare importanza all'ignoranza o all'errore relativi a tale elemento, accontentandosi della volontarietà in senso meramente fattuale delle condotte tipizzate; solo di rado era pervenuta ad assoluzioni indotte da una carenza del dolo[7].

Il timore di lasciare vuoti di tutela in un settore produttivo quotidianamente colpito dall'"industria" parallela della contraffazione ha condotto il legislatore ad ampliare l'area della punibilità, attribuendo rilevanza espressa anche alle condotte tenute nella semplice possibilità di conoscere l'esistenza del titolo di proprietà industriale.

Sembra che questa "operazione" sia traducibile nel rendere possibile l'imputazione anche colposa in relazione a un presupposto della condotta. È proprio ciò ha sostenuto una parte della dottrina,

---

le leggi interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale» (comma 3).

[6] Per un commento immediato delle modifiche, si vedano, ad esempio, R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Tutela penale solo per i segni distintivi riconosciuti*, in *Guida dir.*, 2009, 37, p. 18 ss.; A. Madeo, *Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 10 ss.

[7] In relazione all'orientamento "assolutorio", maturato in modo apprezzabile nell'ambito applicativo del delitto previsto dall'art. 474 c.p., ove il problema si poneva in termini del tutto analoghi, si veda, ad esempio, A. Alessandri, voce *Tutela penale dei segni distintivi*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Torino, Utet, 1999, p. 455.

per la quale ci si troverebbe al cospetto di una «fattispecie a struttura mista quanto alla colpevolezza: dolo per la condotta, colpa per il presupposto della stessa»[8].

Altri, invece, per diverse e non implausibili ragioni, negano che la formula legislativa vigente implichi un'apertura, sia pur parziale, alla colpa[9]. Interessante, ad esempio, è l'osservazione secondo cui si perverrebbe a una «sostanziale sterilizzazione» dell'inciso iniziale della disposizione se si accogliesse una lettura psicologicamente pregnante del concetto di contraffazione, esigente la conoscenza del titolo di proprietà industriale altrui[10]. Si potrebbe però osservare che, in ogni caso, oltre alla contraffazione e all'alterazione, è punito anche l'«uso» dei marchi o segni contraffatti o alterati: ipotesi che si configura in capo a chi abbia agito «senza essere concorso nella contraffazione o alterazione» e rispetto alla quale gli spazi "logici" per un'imputazione parzialmente colposa sembrano meno angusti.

Ciò che maggiormente interessa è che la dottrina disposta a riconoscere un'ibridazione della fattispecie sul piano dei criteri

---

[8] In questi termini conclude E. Infante, *Il delitto di contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni (Art. 473)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, V, Torino, Utet, 2010, p. 233. Nel senso che dall'oggetto del dolo sia stata esclusa la registrazione del titolo di proprietà industriale, anche F. Cingari, *Verso il rafforzamento della tutela penale dei marchi e dei segni distintivi*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 624; Id., *Il contrasto alla contraffazione: evoluzione e limiti dell'intervento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1083; Id., voce *Marchi, brevetti e segni distintivi (tutela penale dei)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 697 e 698; A. Madeo, *Lotta alla contraffazione*, cit., p. 12; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 416.

[9] In questo senso, G. Manca, *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana.* Prospettive e ripercussioni della legge 23 luglio 2009, n. 99, Padova, Cedam, 2009, p. 37, secondo cui l'espressione «potendo conoscere dell'esistenza del titolo di proprietà industriale» non individua una realtà colposa, ma attribuisce rilievo al dolo eventuale; Id., *Il diritto penale dei marchi e del* made in Italy, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 120 ss.; G. Cocco, *Art. 473*, in M. Ronco, B. Romano (a cura di), *Codice penale commentato*, 4ª ed., Torino, Utet, 2012, p. 2300; V. Valentini, *Il diritto penale dei segni distintivi*, Pisa, Pisa University Press, 2018, p. 58.

[10] P. Aldrovandi, *Art. 473 c.p.*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 1711, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

di imputazione colpevole, nella sostanza, pervenga significativamente ad ammettere che sia possibile un'*imputazione colpevole differenziata in senso stretto* in cui la colpa non è riferita all'evento.

Se si potesse accogliere la chiave di lettura a cui si è ora guardato con particolare interesse, varrebbe quanto segue. Sotto il profilo della proporzione del trattamento sanzionatorio alla colpevolezza, come in altre ipotesi già viste, il limite principale sarebbe la presenza di un'unica cornice edittale di pena volta a disciplinare tanto il fatto completamente doloso quanto quello parzialmente (ma significativamente) colposo. Trattandosi di dolo e colpa in relazione a elementi costitutivi del reato, la loro rilevanza già in sede di tipicità renderebbe senz'altro opportuno prevedere una differenziazione, già in astratto, della pena, disponendo un trattamento sanzionatorio meno severo per chi, colposamente, agisca in condizioni di ignoranza o errore circa la sussistenza del titolo di proprietà industriale.

L'inciso che ha innovato l'art. 473, comma 1, c.p. caratterizza anche una fattispecie collocata nel diverso titolo delittuoso dedicato ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio. Si tratta dell'art. 517-*ter* c.p., rubricato «Fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale», il cui comma 1 dispone quanto segue: «Salva l'applicazione degli articoli 473 e 474 chiunque, potendo conoscere dell'esistenza del titolo di proprietà industriale, fabbrica o adopera industrialmente oggetti o altri beni realizzati usurpando un titolo di proprietà industriale o in violazione dello stesso è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 20.000»[11].

Pure questo intervento della riforma del 2009 potrebbe dunque

[11] Così, i 3 commi successivi: «Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto, introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita, pone in vendita con offerta diretta ai consumatori o mette comunque in circolazione i beni di cui al primo comma. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 474-*bis*, 474-*ter*, comma 2, e 517-*bis*, comma 2. I delitti previsti dai commi primo e secondo sono punibili sempre che siano state osservate le norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale».

allargare l'area della punibilità in senso analogo a quanto visto poco sopra[12].

3. *Cenni al problema dell'imputazione parzialmente colposa nel contesto fallimentare e in quello tributario*

L'attenzione dedicata alla disciplina dell'art. 473 c.p. si giustifica in ragione della sua relativa novità e della potenzialità di veicolare un'ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso stretto. L'indagine potrebbe allargarsi alla considerazione del settore fallimentare e di quello tributario, per rileggere problemi "classici" con lo strumentario che è stato messo a punto nel corso di questa indagine. Si tratta, a ben vedere, di temi assai complessi, la cui analitica disamina richiederebbe spazi che la trattazione in corso non può loro concedere.

Si possono però quantomeno indicare gli ambiti problematici che potrebbero prestarsi a una siffatta ipotesi di lavoro, beninteso, lasciando comunque impregiudicata la possibilità che la soluzione in definitiva più corretta sia comunque quella di non rinunciare a un dolo "integrale" oppure ancora – e si ha in mente ora,

[12] Riguardo al ruolo dell'inciso «potendo conoscere dell'esistenza del titolo di proprietà industriale» nell'economia di questa fattispecie, si è rilevato (in direzione opposta – ma su un piano valutativo eterogeneo – rispetto all'estensione dell'area della punibilità che determinerebbe un'apertura alla colpa) persino il rischio di un «sensibile depotenziamento dell'ambito applicativo della tutela», poiché il tenore letterale della locuzione potrebbe anche rivelarsi idoneo a escludere dal fuoco della norma le ipotesi in cui la domanda per la brevettazione o per la registrazione sia stata depositata, ma la relativa procedura non si sia ancora conclusa, «delineando così una netta inversione di tendenza» rispetto all'impostazione della giurisprudenza pronunciatasi in relazione ai previgenti artt. 473 c.p. e 127 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30: N. Mazzacuva, *Delitti contro l'economia pubblica*, in S. Canestrari, L. Cornacchia, A. Gamberini, G. Insolera, V. Manes, M. Mantovani, N. Mazzacuva, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., p. 470. Tale preoccupazione sembra trovare conferma alla luce di alcune pronunce di legittimità, che, effettivamente, subordinano la tutela penale all'effettivo conseguimento del titolo: in questo senso, rispetto all'attuale versione dell'art. 473 c.p., ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 12 aprile 2012, n. 25273; Cass. pen., Sez. II, 19 ottobre 2012, n. 42446; più di recente, Cass. pen., Sez. II, 19 settembre 2019, n. 43374, tutte in *DeJure*.

in particolare, il settore fallimentare – quella di prescindere persino dalla colpa. Del resto, già affrontando il contesto degli atti persecutori, si è pervenuti alla conclusione che l'assetto migliore in quella sede sia diverso da quello volto a sostanziare un'imputazione colpevole differenziata.

Quanto al diritto penale fallimentare, anche per una ragione terminologica, particolare interesse desta la figura della c.d. bancarotta preterintenzionale[13], riconosciuta esplicitamente come tale anche dalla giurisprudenza[14] nell'ambito applicativo dell'art. 223, comma 2, n. 2, l. fall. (destinato a diventare l'art. 329 del nuovo «codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza», ove peraltro non passa inosservato come l'evento sia descritto in termini di «dissesto della società»). La questione che si è posta ha riguardato la definizione del criterio di imputazione del fallimento della società «per effetto di operazione dolose», riproponendo l'alternativa tra addebito colposo oppure oggettivo del risultato necessariamente non voluto – se fosse voluto ricorrerebbe la diversa ipotesi, sempre contemplata nello stesso comma e consistente nel cagionare «con dolo» il fallimento – di un comportamento di base doloso[15]: è evidente che, non potendosi accettare la responsabilità oggettiva, ben potrebbe delinearsi «un dolo misto a colpa, secondo un'interpretazione "costituzionalmente orientata"»[16].

Nell'ambito fallimentare, più in generale, rimane particolarmen-

---

[13] C. Pedrazzi, *Art. 223*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1995, p. 322.

[14] Ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 6 dicembre 2017, n. 633; Cass. pen., Sez. V, 25 giugno 2018, n. 40100, entrambe in *DeJure*.

[15] Tra i contributi recenti più approfonditi, D. Micheletti, *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 39 ss.; inoltre, A. Rossi, *Causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto di operazioni dolose': peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 429 ss.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 256 ss.; G. Minicucci, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze, Firenze University Press, 2018, p. 188 ss.

[16] A. Manna, *La bancarotta impropria societaria*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, II, 2ª ed., Milano, Utet, 2019, p. 2436.

te controversa l'assegnazione di un preciso ruolo sistematico alla dichiarazione di fallimento e al dissesto corrispondente[17], come testimonia anche una confusa evoluzione giurisprudenziale che solo in rare occasioni ha richiesto il dolo in relazione a tali elementi dell'illecito[18]. Si tratta di un dibattito in cui è costante l'evocazione da parte di molti dell'istituto della condizione obiettiva di punibilità, con l'implicazione – *rectius*: proprio con l'obiettivo – di sottrarre al giudizio causale e al fuoco del dolo l'elemento di cui si tratta.

È noto come autorevole dottrina in passato abbia ritenuto di poter parlare di condizione obiettiva di punibilità intrinseca[19]. Rileggendo oggi una tesi del genere, se ne dovrebbe profilare una declinazione conforme alle sentenze della Corte costituzionale n. 364 e 1085 del 1988[20], col risultato di mantenere dolosa la struttura delle condotte di bancarotta, ricorrendo invece alla colpa per ciò che riguarda la maturazione del dissesto alla base del fallimento: è chiaro che in questo modo si giungerebbe a configurare un'ipotesi di imputazione colpevole differenziata; una soluzione, in un certo senso, di compromesso rispetto a quelle delle letture tra loro più distanti.

Di condizioni obiettive di punibilità, sempre in ragione di una certa difficoltà di provare altrimenti in termini rigorosi il dolo, si è parlato anche nel settore tributario, dove le soglie dell'imposta evasa

---

[17] Per un quadro aggiornato all'approvazione del «codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza» (d.lgs. 12.1.2019, n. 14), S. Bruno, G. Bottiglioni, *La struttura della bancarotta: la dichiarazione di fallimento (ora liquidazione giudiziale)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, II, cit., p. 2051 ss.

[18] Il riferimento è, in particolare, alla nota sentenza "Corvetta" (nota anche per essere stata contraddetta da un'altra sentenza pronunciata lo stesso giorno da parte della medesima sezione): Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, ad esempio in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013, con commento di F. Viganò, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*. Per la ricostruzione di coordinate dogmatiche conciliabili con l'impostazione della sentenza citata, G. Cocco, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 67 ss., specialmente p. 89, compresa la nota 79.

[19] P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento*, cit., p. 13 ss.

[20] Sui profili di costituzionalità che vengono più in generale in rilievo, per tutti, A. Melchionda, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2016, p. 61 ss.

giocano un ruolo difficilmente considerabile estraneo all'offesa[21]. In tale prospettiva, le uniche due alternative conformi a Costituzione sono la lettura di tali elementi come veri e propri elementi costitutivi dell'illecito (formalmente doloso), richiedendo allora senz'altro il dolo, ma col rischio di appiattirsi spesso sulla sua forma eventuale oppure di accreditare la tesi delle soglie come condizioni obiettive di punibilità intrinseche, per le quali sarebbe sufficiente (ma comunque necessaria) un'imputazione *pro quota* colposa, pur nel contesto di un illecito per il resto doloso. È evidente come lo sviluppo di quest'ultima lettura, che è effettivamente presente in dottrina[22], conduca a far emergere la fisionomia di un'ipotesi di imputazione colpevole differenziata.

Come anticipato, le considerazioni svolte in queste pagine hanno essenzialmente l'obiettivo di mettere in evidenza la plausibilità quantomeno di un'ipotesi di lavoro e discussione (da svilupparsi meglio in altra sede) circa l'ambientazione degli schemi dell'imputazione colpevole differenziata anche fuori dall'universo della tutela penale della persona, guardando, in particolare, a quello che è forse l'unico settore criminoso di paragonabile "consistenza". Ebbene, a prescindere dalla soluzione di ogni specifica questione, il riscontro di non trascurabili posizioni dottrinali e giurisprudenziali più o meno esplicitamente volte ad accreditare gli schemi della combinazione di dolo e colpa non fa altro che legittimare il percorso fino a qui condotto e – pare – anche l'ambizione di pervenire a delle revisioni della parte generale.

---

[21] Ancorché si tratti di disciplina soggetta a frequenti riforme (da ultimo tramite il d.l. 26 ottobre 2019, n. 124), per una ricognizione dogmatica dei termini della questione, ad esempio, P. Veneziani, *Le soglie di punibilità nei delitti tributari*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, III, cit., p. 2139 ss., il quale sostiene la tesi dell'elemento costitutivo e dell'imputazione di tale aspetto almeno a titolo di dolo eventuale; oltre la prospettiva strettamente nazionale, si veda D. Vozza, *Doppia incriminazione e soglie di punibilità: i reati tributari al vaglio della cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 937 ss. Sulle soglie, più in generale, si veda la monografia di D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, Giappichelli, 2007, specialmente p. 15 ss.

[22] In tal senso, si veda A. Manna, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 128.

Parte III

BILANCIO DELL'INDAGINE E PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

Capitolo X

SINTESI E RICOMPOSIZIONE DEL QUADRO. L'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA COME REALTÀ A PLURALITÀ DI MODELLI

1. *La distinzione tra imputazione colpevole differenziata in senso stretto e imputazione colpevole differenziata in senso ampio e la sua integrazione con l'ulteriore bipartizione incentrata sulla riferibilità dell'imputazione colposa all'evento o a un elemento diverso dell'illecito: lo schema preterintenzionale e quello inquadrato privilegiando la disciplina dell'*ignorantia aetatis

L'analisi ha affrontato diverse forme di imputazione colpevole differenziata. Si è assunta quale ipotesi prototipale quella preterintenzionale, che è paradigmatica sotto molti punti di vista. In particolare, si tratta di un istituto che si incontra già nella parte generale e la cui definizione (*rectius*: quella di delitto preterintenzionale) è frapposta a quelle "fondative" di dolo e colpa (*rectius*: di delitto doloso e delitto colposo). Inoltre, nella sua interpretazione costituzionalmente accettabile, si sostanzia in una combinazione di dolo e colpa riguardo al livello "nucleare" del disvalore, ossia il fatto tipico: è dunque un'ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso stretto.

Si tratta, per opinione pressoché unanime, di una forma di responsabilità alternativa rispetto (a quella corrispondente) al riconoscimento del dolo eventuale in relazione all'evento qualificante[1].

[1] In termini differenti, quasi solo la ricostruzione di M. Caterini, *Il reato eccessivo*, cit., come qui già osservato nelle pagine dedicate all'argomento.

Non è affatto un caso, ma anzi un dato piuttosto costante: l'imputazione colpevole differenziata si pone in un rapporto peculiare con la responsabilità dolosa, non solo perché quest'ultima ne rappresenta una componente strutturale essenziale, ma anche perché, in generale, le combinazioni di dolo e colpa maturano proprio nei casi in cui l'accertamento di un dolo esteso a tutta la struttura dell'illecito si rivela non sufficientemente aderente al ventaglio delle dinamiche ritenute meritevoli di contrasto con lo strumento penale.

Nella sua unica declinazione codicistica esplicita, quella dell'art. 584 c.p. – ma lo stesso discorso può estendersi quantomeno all'analoga figura disciplinata dall'art. 586 c.p. – la responsabilità preterintenzionale presenta profili di incerta proporzione sanzionatoria rispetto alle dimensioni della colpevolezza: un aspetto problematico che non si presenta sempre in termini uniformi, ma che è comunque assai ricorrente nell'analisi delle varie ipotesi di imputazione colpevole differenziata.

L'approccio alle altre figure qui privilegiate, tutte di particolare attualità – in alcuni casi si è addirittura guardato più al futuro che al presente, quantomeno sul piano normativo: così, ad esempio, rispetto alla criminalizzazione degli atti sessuali facendo perno meramente su profili di consenso[2] – ha seguito un percorso lineare, dando conto di forme di coesistenza di dolo e colpa strutturalmente affini a quella strettamente preterintenzionale, per poi procedere verso ipotesi in cui la colpa si riferisce a elementi diversi dall'evento. Questa evoluzione nella trattazione degli argomenti selezionati ha consentito un'esposizione più ordinata rispetto all'alternativa di anticipare tutte le forme di imputazione colpevole differenziata in senso stretto, per poi affrontare, in una sorta di appendice, quelle di imputazione colpevole differenziata in senso ampio. Per limitarsi a qualche esempio, separare radicalmente la trattazione di preterintenzione e imputazione delle circostanze aggravanti avrebbe reso il discorso

[2] Proprio nell'ottica di sviluppare una trattazione aggiornata e lungimirante, si è scelto di non soffermarsi su istituti che dovrebbero essere radicalmente superati, come le figure di responsabilità aberrante degli artt. 82 e 83 c.p. In un sistema che ambisca a porsi in armonia con il principio costituzionale di colpevolezza, tali istituti non dovrebbero più esistere: così, ad esempio, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 540 e 542.

senz'altro più frammentato e rapsodico, con "fughe" in avanti e continui passi indietro. Ancor più irragionevole sarebbe stato trattare la disciplina sull'età della persona offesa nei reati sessuali prima con riferimento ai casi in cui il dato anagrafico è elemento costitutivo del reato e poi, dopo aver cambiato più volte ambito tematico, tornare a parlarne con riferimento alle ipotesi di età quale elemento circostanziale.

Effettivamente, vi sono alcuni tratti comuni alle combinazioni di dolo e colpa in cui quest'ultima si riferisce a un evento. In particolare, è assai problematica la definizione del parametro di edificazione della regola cautelare, in quanto il segmento doloso della fattispecie presenta normalmente una natura di per sé illecita che stride con l'*homo eiusdem professionis et condicionis* inteso come agente perfettamente "osservante". Proprio la frequente sanzionabilità anche in via autonoma delle due componenti dell'illecito a struttura preterintenzionale stimola un confronto – in questo ambito casistico, un *tertium comparationis* è di più immediata individuazione, bastando guardare alla disciplina del concorso di reati – con la pena prevista per la fattispecie composita, la quale implica assai spesso un rincaro sanzionatorio che mette in tensione il principio di proporzione in modo peculiare.

Le ipotesi di imputazione colpevole differenziata in cui la colpa si riferisce invece a un elemento diverso dall'evento sono state qui studiate assumendo come modello la disciplina dell'*ignorantia aetatis* prevista dagli artt. 602-*quater* e 609-*sexies* c.p. La riapertura degli spazi per un agente modello dalla fisionomia più tradizionale nonché l'atteggiarsi delle questioni di proporzione sanzionatoria in termini piuttosto omogenei – punire la colpa come se fosse dolo – e al contempo diversi da quelli del contesto preterintenzionale rendono quindi plausibile l'affiancamento alla bipartizione sin dall'inizio proposta di quella basata sulla riferibilità della colpa all'evento o a elementi differenti dell'illecito.

Si tratta, evidentemente, di una distinzione di carattere più sostanziale, da concepire quale integrazione della nomenclatura che distingue tra imputazione colpevole differenziata in senso stretto e in senso ampio; non ne suggerisce un superamento. La tenuta di quest'ultima bipartizione trova conferma nel momento in cui si prende atto che l'imputazione colposa anche soltanto di una porzio-

ne del *Tatbestand* mette in crisi la pretesa di considerare comunque dolosa la realizzazione colpevole dell'illecito. Il fatto che non sia vero l'inverso e cioè che a una tipicità pienamente dolosa corrisponda sempre una colpevolezza altrettanto dolosa – si pensi, in particolare a quanto considerato riguardo al ruolo assorbente di certe ipotesi di *culpa iuris* oppure alla colpa nel contesto delle scriminanti – significa semplicemente che la riferibilità del dolo al primo gradino della sistematica maggioritaria è condizione necessaria ma non ancora sufficiente per un'imputazione integralmente dolosa. A istituti esterni alla tipicità, invece, non è possibile rapportare nemmeno una simile *condicio sine qua non*.

2. *I diversi modelli di imputazione colpevole differenziata e le loro peculiarità alla luce di quattro fattori identitari: edificazione della regola cautelare; plausibilità della limitazione della punibilità a gradi elevati di colpa; polarizzazione dell'illecito a imputazione colpevole differenziata sul dolo o sulla colpa; proporzione sanzionatoria*

Nel procedere a una sintesi dei risultati raggiunti nel corso dell'itinerario sviluppato, occorre dare conto di come i diversi modelli di imputazione colpevole differenziata siano stati analizzati alla luce di taluni fattori identitari, tra cui, essenzialmente, l'edificazione della regola cautelare, la plausibilità della limitazione della punibilità a gradi elevati di colpa, la polarizzazione dell'illecito a imputazione colpevole differenziata sul dolo o sulla colpa, la proporzione sanzionatoria.

Quanto alla preterintenzione, si è detto più volte che si tratta di un'ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso stretto, a cui si è peraltro riconosciuto un ruolo prototipale, anche se è bene precisare che i casi affini di reati aggravati dall'evento in cui quest'ultimo ha rango circostanziale sono invece ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso ampio.

Quanto all'edificazione della regola cautelare *in re illicita*, su cui ci si è soffermati proprio a partire dall'analisi della responsabilità preterintenzionale, si è visto come la prevedibilità oggettiva sia il para-

metro più calibrato. È opportuno ribadire anche in questi passaggi riepilogativi l'importanza di non riferirsi a una prevedibilità svincolata da una dimensione deontica, senza la quale, peraltro, non si riuscirebbe bene a comprendere il motivo di un aumento di pena: si è parlato, al riguardo, di comportamento subordinatamente doveroso. Al di là delle peculiarità di questa terminologia, ciò che va evidenziato è che l'aggancio alla regola cautelare è fondamentale per non perdere di vista le funzionalità garantistiche del duplice nesso tra inosservanza ed evento: un aspetto ampiamente valorizzato nelle pagine dedicate specificamente alla responsabilità per fatto proprio, sviluppate per lo più come appendice della trattazione sulla preterintenzione, ancorché con l'ambizione di poter generalizzare molte delle acquisizioni.

L'assenza di una vera e propria area di rischio consentito ha indotto a una particolare cautela (anzi, a delle riserve) nei confronti dell'ipotesi di limitare la punibilità a forme di colpa grave. Una volta rispettati i livelli minimi imposti dal principio *nullum crimen sine culpa*, non si vedono valide ragioni per riservare particolare tolleranza a chi realizzi una condotta delittuosa, soprattutto *de iure condito*, stante l'ordinaria punibilità anche per colpa lieve di chi oggi agisce *in re licita*.

Quanto al baricentro dell'illecito, si tratta, a ben vedere, di fattispecie miste a tutti gli effetti, senza che emerga un ruolo assorbente dell'imputazione dolosa oppure di quella colposa. Su ciò influisce evidentemente anche la riconoscibilità di un disvalore penale a sé stante della porzione di illecito a imputazione dolosa.

Sul piano della proporzione sanzionatoria, il principale profilo problematico – si tratta di uno degli aspetti che maggiormente divide la dottrina – è il costante ricorso a una risposta più severa di quella risultante dalla disciplina del concorso di reati. Almeno *de iure condito*, una lettura capace di soddisfare istanze di proporzione è quella volta a limitare l'ambito applicativo della responsabilità preterintenzionale – in particolare la disciplina degli artt. 584 e 586 c.p. – alle sole ipotesi in cui possa riscontrarsi un legame di rischio già in astratto tra il delitto di base e la classe di eventi a cui quello concretamente verificatosi appartiene[3]. Valorizzare tale saldatura tra i poli della macro-fattispe-

[3] È significativo notare come tale legame riceva, quantomeno in via interpretativa, una progressiva valorizzazione nel sistema nordamericano quale tempera-

cie consentirebbe proprio a quella dottrina che lamenta con decisione una violazione del principio di colpevolezza in senso graduante di pervenire quantomeno a un'attenuazione dell'avvertito contrasto[4]. Occorre comunque tenere presente che, in caso di radicale eliminazione delle fattispecie preterintenzionali, in particolare dell'art. 584 c.p., si andrebbe prevedibilmente incontro a una poco desiderabile dilatazione degli spazi applicativi dell'omicidio volontario per dolo eventuale.

Nel contesto stradale, si è pervenuti a ravvisare una forma di imputazione colpevole differenziata in senso ampio – si è parlato, al riguardo, di «preterintenzione strutturalmente rovesciata» (in cui rimane però in primo piano la qualificazione colposa degli illeciti da parte del legislatore) – cercando così di implementare in via interpretativa il principio di proporzione. Quanto all'edificazione della regola cautelare, si è avuto modo di segnalare la pertinenza sia dell'agente modello che è impiegato nei "normali" contesti colposi

---

mento della disciplina del «felony murder» (per tutti, G. Binder, *Felony murder*, Stanford, Stanford University Press, 2012), quella particolare forma di omicidio in cui la produzione dell'evento mortale consegue alla commissione di un illecito penale classificato come *felony*: per un aggiornato quadro di sintesi sulla «Inherently-Dangerous-Felony Limitation», J. Dressler, *Understanding Criminal Law*, cit., pp. 492 e 493. Si tratta di un correttivo che viene applicato a fronte di due aspetti da bilanciare: l'ampio ricorso, più in concreto, a un'imputazione sostanzialmente oggettiva dell'evento morte e la possibilità di applicare persino la pena capitale. La legittimità del ricorso alla pena di morte viene talvolta argomentata dalle Corti statali invocando una particolare interpretazione della *Supreme Court of the United States* dell'ottavo emendamento della Costituzione statunitense, che prevede sostanzialmente il principio della proporzione delle sanzioni, anche penali. Per parte della dottrina, riguardo ai casi di carenza di colpevolezza per l'evento morte, si tratterebbe però di richiami giurisprudenziali distorti, basati su insidiosi fraintendimenti: così, G. Binder, B. Fissel, R. Weisberg, *Capital Punishment of Unintentional Felony Murder*, in *Notre Dame Law Review*, 2017, p. 1141 ss. In California, il 1° gennaio 2019 è entrato in vigore il Senate Bill n. 1437, che, modificando il *penal code* statale, ha ridotto sensibilmente l'area di applicazione del *felony murder*, in particolare rispetto ai concorrenti che non abbiano avuto un ruolo diretto nell'uccisione o che comunque non abbiano espresso una colpevolezza almeno pari alla *recklessnes* – la terminologia al riguardo è quasi ridondante: «reckless indifference to human life» – rispetto al verificarsi della morte altrui (*section* 189). In argomento, anche per considerazioni critiche sui possibili effetti collaterali del ricorso al concetto di «inherently dangerous felony», esposto a insidie di affermazione presuntiva della responsabilità, S. Grosso, *Lack of Statutory Foundation, Vagueness, and Violation of the Rule of Lenity of California Second Degree Felony Murder*, in *Global Jurist*, 2019.

[4] Il riferimento è, in particolare, a F. Basile, *La colpa in attività illecita*, cit., p. 811 ss.

sia della prevedibilità oggettiva (comunque concepita all'interno di una dimensione deontica) quale criterio di imputazione (colposa) dell'evento laddove la dinamica dell'incidente sia condizionata da una violazione stradale intenzionale. Sul piano sanzionatorio, è assai delicato l'inasprimento legislativo della pena detentiva per fatti formalmente qualificati colposi, i cui livelli edittali raggiungono quasi – il dato eclatante riguarda, in particolare, l'omicidio – quelli delle corrispondenti versioni dolose. Per rendere meno sproporzionata possibile la pena, si è quindi cercata un'interpretazione volta a privilegiare fatti di speciale pregnanza sul piano del disvalore (anche "soggettivo") di azione, richiedendo cioè che le violazioni stradali di cui al comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. siano pienamente consapevoli. Anche rileggendo in senso preterintenzionale tali fattispecie (a cui sembrerebbe associarsi fisiologicamente una colpa grave per l'evento), si evidenzia comunque una notevole sproporzione rispetto alle sanzioni che si otterrebbero facendo semplicemente concorrere gli illeciti di condotta previsti dal c.d.s. e i delitti colposi di evento previsti dal c.p.

Rispetto agli atti persecutori, *de iure condito*, l'imputazione colpevole differenziata (in senso stretto) risulta il frutto di una lettura giurisprudenziale *contra legem*, che svuota il dolo della sua componente volitiva nel momento in cui si addebita all'agente la verificazione dell'evento: il delitto rimane formalmente doloso a tutti gli effetti, ma si trasforma applicativamente in senso sostanzialmente preterintenzionale, alimentando dunque una discrasia tra colpevolezza astratta e concreta che pesa sull'agente anche in termini di *quantum* della responsabilità penale. Assecondare questo modello in prospettiva *de iure condendo* porrebbe di fronte a non poche difficoltà rispetto all'edificazione della regola cautelare. Al riguardo, mantenendo l'impostazione del delitto di evento, la colpa grave potrebbe essere un plausibile criterio di imputazione, ma è parso più funzionale al bilanciamento delle diverse istanze concorrenti il ricorso a modelli di carattere ingiunzionale, in grado, ad esempio, di trattare con maggior calibro quegli agenti (normalmente riconducibili alla categoria degli *stalker* affettivi) affetti da disturbi di personalità tali da non far venire meno l'imputabilità.

La disciplina codicistica degli artt. 602-*quater* e 609-*sexies* c.p.

in materia di *ignorantia aetatis* ha consentito un ampio percorso nel "profondo" dell'imputazione colpevole differenziata, soprattutto di quella in senso stretto, ancorché nei casi di età quale elemento circostanziale si sia opportunamente riscontrata un'imputazione colpevole differenziata in senso ampio; il che ha comportato l'alternarsi del punto di vista dell'agente modello con quello della prevedibilità (qui riconoscibilità) oggettiva, tipico delle ipotesi di colpa in contesto (già) illecito. Sulla graduazione della colpa, la "Consulta" sembra aver voluto limitare la possibilità di escludere la punibilità di forme di colpa lieve, ma si è cercato comunque di ritagliare spazi per una flessibilizzazione di tale autorevole indicazione. Nelle ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso stretto, l'individuazione di un "baricentro" colposo piuttosto che doloso dell'illecito (di cui non si è però negata la struttura mista) alla luce dell'interferenza dell'imputazione colposa dell'età della persona offesa ha rappresentato un dato quasi costante, la cui lettura è stata talvolta resa particolarmente complessa dalla coesistenza dell'imputazione colposa con un dolo specifico. Quantomeno per le stesse ipotesi, decisamente da adeguare è il trattamento sanzionatorio, che è (indebitamente) sempre quello tarato su realizzazioni pienamente dolose del fatto, le quali, a differenza di ciò che riguarda il contesto preterintenzionale, si trovano a convivere con l'imputazione colpevole differenziata nell'ambito della medesima fattispecie.

La prospettiva dell'incriminazione dell'errore colposo sul consenso nei reati sessuali quale ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso stretto (a "trazione" evidentemente colposa) è stata affrontata prevalentemente in chiave *de iure condendo*, quantomeno per ciò che riguarda l'ordinamento italiano, dato che l'indagine comparatistica ha evidenziato il ricorso in diversi sistemi, taluni europei, alla punizione degli atti sessuali imposti anche in caso di errore colposo sui profili di consenso della persona coinvolta. Le soluzioni più equilibrate paiono quelle che hanno privilegiato la colpa grave, prescindendo dalla quale si aprirebbero spazi incontrollabili alla sensibilità personale del giudice. Chiaramente, anche limitando la punibilità delle ipotesi miste ai soli casi di colpa grave sul consenso, la pena dovrebbe essere diversa rispetto a quella riservata a vere e proprie (nel senso di consapevoli) prevaricazioni sessuali.

Guardando al settore delle scriminanti, si è riscontrata innanzitut-

to la punibilità *contra legem* dell'errore colposo da parte del giornalista sulla verità della notizia pubblicata nel contesto della putatività dell'esercizio del diritto di cronaca. Non c'è dubbio, dato il contesto professionale, che la regola cautelare si formi facendo riferimento al "normale" criterio dell'agente modello. Anche in questo caso si è riscontrata l'opportunità di bilanciare gli interessi in gioco ricorrendo alla punibilità della sola colpa grave, al fine di non comprimere la libertà costituzionalmente riconosciuta ai professionisti dell'informazione. La lettura di questa realtà con le lenti dell'art. 59, comma 4, c.p. consente talora di individuare una struttura complessa dell'illecito, ma comunque con un ruolo assorbente della colpevolezza colposa, rendendo così più che ragionevole una distinzione sanzionatoria rispetto ai casi di vera e propria diffamazione dolosa realizzata con una strumentalizzazione del canale mediatico per realizzare attacchi a determinati soggetti.

Anche nell'ambito della casistica in cui si pongono questioni di legittima difesa si è riscontrato l'emergere di forme di imputazione colpevole differenziata in senso ampio, con riferimento alla putatività e all'eccesso difensivo.

Quanto alla legittima difesa putativa, si potrebbe astrattamente ricorrere a un modello di agente professionale (identificabile, segnatamente, nell'esponente delle forze dell'ordine), ma sarebbe probabilmente iniquo. Si consideri inoltre che il carattere di necessità e urgenza di molte reazioni difensive potrebbe suggerire il ricorso alla colpa grave quale criterio di imputazione dell'errore di valutazione della situazione concreta; più semplicemente, si potrebbe estendere il criterio del grave turbamento anche a questa ipotesi. Dal punto di vista strutturale, vi è un dolo rispetto al fatto tipico, ma una degradazione nel senso della responsabilità colposa, perché è colposa la colpevolezza, che gioca un ruolo assorbente. Sul piano della proporzione sanzionatoria, occorre rilevare che, stante la necessità (avvertita dalla giurisprudenza) che l'errore sia ragionevole per potersi applicare effettivamente la disciplina dell'art. 59, comma 4, c.p., la pena del reato doloso (verosimilmente quello di lesioni personali o quello di omicidio) si estende indebitamente a fatti che esprimono una colpevolezza colposa.

Rispetto all'eccesso colposo di legittima difesa, per l'edificazione della regola cautelare vale lo stesso discorso appena fatto in merito all'ipotesi putativa. Il carattere di necessità e urgenza di molte

reazioni difensive potrebbe suggerire il ricorso alla colpa grave quale criterio di imputazione dell'errore di valutazione della situazione concreta. Con effetto quasi equivalente, si prevede già oggi l'esclusione della punibilità in caso di grave turbamento. Dal punto di vista strutturale, anche qui vi è un dolo rispetto al fatto tipico, ma una degradazione nel senso della responsabilità colposa, perché è colposa la colpevolezza, con ruolo assorbente. Riguardo al trattamento sanzionatorio, in tutti i casi diversi da quelli di eccesso doloso dovrebbe ricorrersi alla cornice edittale prevista per il delitto colposo.

Guardando a quella che si è definita la dimensione plurisoggettiva dell'imputazione colpevole differenziata, che dà luogo a ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso stretto, nella misura in cui si tratta di ricostruire una colpa in contesto comunque illecito, il parametro per l'edificazione della regola cautelare tende a essere quello della prevedibilità oggettiva, che, riguardo in particolare alla disciplina dell'art. 116 c.p., sembra però dover essere declinato con particolare attenzione al principio di responsabilità per fatto proprio, rendendo plausibile una limitazione della punibilità alle sole ipotesi di colpa grave; "correttivo", questo, meno necessario nell'ambito applicativo dell'art. 117 c.p. La diversità tra le due discipline, al di là del carattere obbligatorio o facoltativo della diminuzione di pena, comunque inadeguata a fronte di un mutamento della tipicità del fatto, risiede nella riconducibilità della prima allo schema preterintenzionale e della seconda alla categoria delle ipotesi in cui la carenza del dolo riguarda un elemento diverso dall'evento.

L'incursione nel diritto penale economico ha consentito di incontrare diversi modelli, relativi sia all'imputazione colpevole differenziata in senso stretto che a quella in senso ampio, riproponendosi peraltro anche la bipartizione tra fattispecie con imputazione colposa di un evento e altre in cui il dolo si "ritrae" rispetto a un diverso elemento dell'illecito. Al quadro già offerto dalle ipotesi riconducibili alla tutela penale della persona si aggiunge qui una rilevanza, almeno potenziale, dell'istituto della condizione obiettiva di punibilità. Trattandosi in ogni caso di profili non indifferenti al piano dell'offensività, la loro imputazione almeno per colpa (quando non si insista per una lettura integralmente dolosa dell'illecito) si imporrebbe alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale.

3. *Alcune ipotesi (al più) apparentemente pertinenti al contesto dell'imputazione colpevole differenziata: una opportuna precisazione per una ri-delimitazione del campo di indagine*

Facendo riferimento alla disciplina dell'art. 57 c.p., in una sorta di appendice della parte dedicata alla responsabilità penale del giornalista nei casi di verità putativa, si è già detto di come vi siano ipotesi di combinazione di dolo e colpa che non possono essere concepite come forme di imputazione colpevole differenziata, in quanto si tratta, più precisamente, di osservare due forme distinte ancorché indipendenti di responsabilità dolosa e responsabilità colposa. Quella del direttore responsabile *ex* art. 57 c.p. è infatti una responsabilità necessariamente colposa, che si associa a una responsabilità, di fatto, sempre dolosa di un soggetto terzo rispetto alla cui attività il primo ha omesso di esercitare il dovuto controllo. È allora evidente l'eterogeneità di simili ipotesi rispetto a tutte le combinazioni di dolo e colpa fin qui osservate, comprese quelle concorsuali degli artt. 116 e 117 c.p., ove la coesistenza dei due criteri di imputazione colpevole è riscontrabile nell'ambito – si potrebbe dire all'interno – della responsabilità di un solo individuo.

In base a questa logica, non possono essere qui approfondite ipotesi come quella del concorso doloso in reato colposo oppure quella opposta e sicuramente più controversa di concorso colposo in reato doloso[5], così come l'altrettanto delicata, ancorché più spe-

[5] Questa ipotesi (che ha comunque ricevuto significativi accrediti dottrinali: si veda P. Severino di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, p. 236 ss.) è stata recentemente esclusa dalla giurisprudenza legittimità, che l'ha esplicitamente giudicata priva di base legale (come sostenuto già da parte della dottrina, tra cui L. Risicato, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, in particolare p. 154, nota 78, nel senso che si tratti di un'ipotesi di analogia *in malam partem*). Ci si riferisce a Cass. pen., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032, massimata nei termini seguenti in *DeJure*: «Non è configurabile il concorso colposo nel delitto doloso in assenza di una espressa previsione normativa, non ravvisabile nell'art. 113 c.p. che contempla esclusivamente la cooperazione colposa nel delitto colposo (Fattispecie relativa alla uccisione con arma da fuoco di due persone da parte di un soggetto cui era stato rilasciato il porto d'armi anche in virtù di un certificato medico attestante erroneamente l'assenza di disturbi mentali dell'istante, in cui la Corte ha ritenuto sussistente a carico del medico che aveva emesso il certificato una responsabilità a titolo autonomo *ex* artt. 41 e 589 c.p., escludendo la configurabilità del concorso colposo nei reati di omicidio volontario

cifica, forma di responsabilità del soggetto "non esecutivo" quanto all'operato degli amministratori delegati negli organi collegiali delle persone giuridiche[6]: è proprio l'ipotesi principale su cui si sono appuntate le critiche di quell'autorevole dottrina che ha parlato di «tramonto del dolo»[7].

Si tratta di questioni di perdurante attualità, in cui vengono spesso in rilievo problemi analoghi a quelli qui affrontati, come, in particolare, la personalità della responsabilità penale e la proporzione sanzionatoria rispetto alla propria responsabilità effettiva. Ma se qui si includesse l'approfondimento di tali combinazioni di responsabilità dolosa e colposa, allora la trattazione smarrirebbe un'identità che il (diverso) significato che si è attribuito all'espressione imputazione colpevole differenziata sembra adeguatamente e precisamente conferirle.

Guardando ai "dintorni" della tematica oggetto di quest'opera, si potrebbe intravedere anche la controversa possibilità di continuazione tra reati dolosi e colposi[8] oppure, spingendosi un po' più "lontano" (oltre i confini della responsabilità individuale), si potrebbe persino raggiungere la responsabilità sostanzialmente colposa

---

commessi dal paziente)». Per un commento di questa pronuncia, si rinvia, in particolare, a C. Cupelli, *Il concorso colposo nel delitto doloso e la svolta "garantista" della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1920 ss.; G.P. Demuro, *Il concorso colposo in delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 949 ss.

[6] Si tratta di uno dei temi classici del diritto penale dell'economia, su cui, limitandosi ai contributi successivi alla riforma del diritto societario del 2003 (in particolare, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), ad esempio, F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 125 ss.; M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 978 ss.; F. Consulich, Nolo cognoscere*. Il diritto penale dell'economia* tra nuovi responsabili *e* antiche forme di responsabilità «paracolpevole»*: spunti a partire dal nuovo art. 236* bis *L.F.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, in particolare p. 634 ss.; M. Caputo, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 905 ss.

[7] Il riferimento è, ancora una volta, a C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, cit.

[8] Per una recente ricognizione del dibattito sul punto, D. Brunelli, *Art. 81*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., pp. 521 e 522.

dell'ente per il reato (di solito) doloso[9] della persona fisica *ex* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. L'elenco potrebbe essere decisamente più lungo e ci si ritroverebbe ad abbracciare amplissime porzioni del diritto penale, perdendo inevitabilmente di vista ciò che realmente qui importa.

[9] Ampiamente discussa è stata finora la possibilità di una responsabilità della persona giuridica anche rispetto a reati colposi come quelli di omicidio colposo e lesioni personali (gravi o gravissime) commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro: art. 25-*septies* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. In argomento, tra i numerosi contributi dottrinali, ad esempio, G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, Edizioni ETS, 2012, p. 381 ss.; F. Curi, *La responsabilità degli enti collettivi*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 121 ss.

Capitolo XI

IL RITORNO ALLA «LEGALITÀ DELLA COLPEVOLEZZA». SPUNTI PER UNA MIGLIORE DECLINAZIONE DEI PRINCIPI FONDAMENTALI: IN PARTICOLARE, UNA DISCIPLINA AGGIORNATA PER LE IPOTESI DI IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA IN SENSO STRETTO

1. *La legittimazione esplicita, già nella parte generale, della possibilità di coesistenza di profili di imputazione dolosa e colposa con riferimento alla tipicità, oltre il contesto preterintenzionale*

Per quanto sia la parte speciale del codice penale – ma nulla vieta di pensare anche a corpi normativi extracodicistici volti a regolamentare organicamente specifiche materie – la sede in cui declinare la maggior parte dei modelli di imputazione colpevole differenziata, già la parte generale dovrebbe essere emendata in modo da consentire una adeguata armonizzazione della disciplina interessata. Si è avuto modo di constatare che è ormai anacronistica la rigida alternativa tra delitto doloso e delitto colposo, oltre la quale nemmeno il delitto preterintenzionale, nella sua lettura costituzionalmente conforme, può da solo candidarsi a rappresentare esaustivamente la complessità del fenomeno analizzato in questa trattazione.

Mentre è ragionevole che diverse ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso ampio trovino una razionalizzazione – per così dire – settoriale (si pensi, ad esempio, all'imputazione delle circostanze e alla disciplina dell'errore sul precetto), la combinazione di dolo e colpa a livello di tipicità dovrebbe ricevere un riconoscimento sul piano della definizione dell'illecito, cioè avere una portata identitaria, come quella che hanno le attuali definizioni dell'art. 43, comma 1, c.p.

Parlare ufficialmente di colpa anche al di fuori della preterintenzione, peraltro, contribuirebbe a superare le ambiguità sul generale e definitivo abbandono della responsabilità oggettiva: criterio di imputazione che non può più essere accettato e che va quindi esplicitamente rigettato, onde impedire che riemerga come retaggio della tradizione di non poche ipotesi di attuale imputazione colpevole differenziata. Un approccio di questo tipo stenta a palesarsi nei progetti di riforma del codice penale dei decenni scorsi, in cui è vero che la responsabilità viene resa possibile solo per dolo o colpa, ma poi, nel dettaglio, si è per lo più ritenuto bastevole esplicitare la sostituzione della responsabilità oggettiva con la colpa nel contesto della preterintenzione in senso lato, cioè comprensiva dei reati aggravati da un evento necessariamente non voluto[1].

Riconoscere il fenomeno non significa "ratificare" un'anomalia, ma, piuttosto, gettare le basi proprio per un equilibrato superamento delle storture attuali, che si manifestano principalmente sul piano sanzionatorio[2], con sollecitazione contestuale di diversi parametri

---

[1] Così il progetto "Riz" del 1995 (sullo specifico punto, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 944), l'art. 31 del progetto "Grosso" del 2001 («Delitti aggravati dall'evento»: «Se la legge ricollega una pena più grave ad una conseguenza non voluta di un delitto doloso, di tale conseguenza si risponde solo se essa è ascrivibile a colpa») e l'art. 21 del progetto "Nordio" del 2004 («Reati dolosi aggravati da una conseguenza non voluta»: «Quando da un fatto previsto come reato doloso deriva un'ulteriore conseguenza non voluta dall'agente cagionata per colpa, si applicano le regole del concorso di reati sempre che la conseguenza ulteriore non voluta sia prevista dalla legge come reato colposo»). Più generiche le indicazioni del progetto "Pagliaro" del 1992 (art. 12; o più ambigue, come quella dell'art. 39, comma 2: «I fattori oggettivi di aggravamento della pena opereranno solo in quanto riflessi nella colpevolezza») e quelle del progetto "Pisapia" del 2007 (art. 3), limitate all'affermazione di un generale superamento della responsabilità oggettiva: forse l'unico vero dato comune a tutte le proposte richiamate.

Si veda, di recente, A. Fiorella, *La codificazione penale in Italia*, cit., in particolare pp. 10 e 11, che evidenzia come l'attenzione alla colpevolezza si sia tradotta soprattutto in un impegno a descrivere la colpa ricorrendo a criteri strettamente personali (per una più dettagliata rassegna delle proposte sul punto, per tutti, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 253 ss.): una prospettiva "interna" alla responsabilità colposa, dunque, che, per quanto importante, non coglie però appieno la complessità e la varietà delle possibili interferenze tra dolo e colpa.

[2] Guardando con interesse alla possibilità di una «generalizzazione» della «combinazione dolo-colpa», individua correttamente come profilo critico quello della proporzione sanzionatoria G.P. Demuro, *La combinazione dolo-colpa nella preterintenzione*, cit., paragrafo 5. Nello stesso paragrafo, in cui si passano in rasse-

costituzionali, specialmente quelli fondati sugli artt. 3 e 27, commi 1 e 3.

Non è semplice stabilire se il legislatore debba impegnarsi coniando una regola esplicita volta a imporre al giudice la modulazione della pena così da non trattare l'ipotesi mista come quella dolosa. A ben vedere, si tratta di un problema che non riguarda allo stesso modo tutti i modelli di imputazione colpevole differenziata: ad esempio, non riguarda già ora le ipotesi preterintenzionali, per le quali i problemi di proporzione sanzionatoria sono piuttosto orientati dal confronto con la disciplina del cumulo delle pene. Inoltre, una regola di tal fatta potrebbe alimentare difficoltà di coordinamento con la scelta che realmente si auspica, cioè quella di ricorre-

---

gna alcune diverse possibilità di articolazione della combinazione dolo-colpa, l'Autore riprende in considerazione (per una prima analisi, Id., *Il dolo*, II, cit., p. 330 ss.) anche soluzioni che in questa trattazione non sono state approfondite, più che altro per la loro eccentricità rispetto alle ipotesi di più "diretta" tutela penale della persona, ma che sembrano comunque pertinenti rispetto al progetto di razionalizzazione dell'imputazione colpevole differenziata. In particolare, «con riferimento ai reati di comune pericolo, quelli cioè dove la fattispecie esige, spesso espressamente, talvolta implicitamente, un pericolo che colpisce un numero indeterminato e incerto di soggetti (es. incendio inondazione, frana, crollo, avvelenamento di acque, adulterazione di sostanze alimentari, "disastri" in generale) si propone di pensare a un nuovo tipo di imputazione, nel quale rilevi oltre alla percezione (dolo di pericolo) anche la percepibilità di un pericolo per più persone, in caso di colpa grave. Si individua in questo modo un illecito "misto", di dolo-colpa grave alternativi o affiancati, che ammette cioè la presenza o del solo dolo di pericolo o della sola colpa o ancora del dolo rispetto alle violazioni cautelari e della colpa grave rispetto al risultato di pericolo astratto-concreto»: così viene sintetizzata la proposta di M. Donini, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. Donini, D. Castronuovo (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2007, pp. 201 ss. e 312 ss.

Nell'ambito del diritto penale agroalimentare, il dibattito si è negli ultimi anni intensificato anche alla luce di un rinnovato interessamento della politica: si vedano, ad esempio (anche per riferimenti a particolari ipotesi di convivenza di dolo e colpa), oltre allo stesso M. Donini, *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 4 ss.; C. Cupelli, *Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2015; D. Fondaroli, *Dallo schema della Commissione Caselli al Ddl 2231 recante "nuove norme in materia di reati agroalimentari" approvato dal Consiglio dei Ministri il 1° dicembre 2017: profili di responsabilità delle persone fisiche e delle società*, in N. Raimondi (a cura di), *Diritto penale degli alimenti*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2018, p. 7 ss.

re il più possibile a cornici edittali distinte, con le quali il legislatore attribuisca il giusto peso a dolo e colpa nei contesti specifici, posto che è opportuno che il ricorso al modello di imputazione mista sia l'effetto di una politica criminale calibrata, in questo senso, soprattutto di parte speciale.

Se è stato possibile dare conto con sufficiente plausibilità di un'assiomatica maggior gravità della responsabilità dolosa rispetto a quella colposa, si è anche visto come sia assai problematico stabilire un criterio generale volto a stabilire, una volta per tutte, *quanto* la colpa "pesi meno" del dolo. Le più volte richiamate disposizioni che in alcuni casi riducono la pena fino a due terzi o da un terzo a due terzi, se possono forse essere impiegate nel frattempo dalla Corte costituzionale quali *tertia comparationis* per forzare un riequilibrio del trattamento sanzionatorio, non sembrano poter vincolare rigidamente il legislatore nell'apprezzamento delle differenze tra imputazione dolosa e colposa di un elemento dell'illecito, altrimenti si comprimerebbe troppo quello spazio discrezionale che all'attività di normazione compete.

Quanto precede si può riferire appieno al contesto delittuoso. Circa l'ambito delle contravvenzioni, volendole conservare[3], è interessante richiamare una proposta di riforma volta a valorizzare a fini sanzionatori la concreta espressione di colpevolezza nella realizzazione del fatto. In tal senso, la soluzione proposta nell'art. 12, comma 3, del progetto "Pagliaro" del 1992: «Punibilità delle contravvenzioni sia a titolo di dolo che a titolo di colpa, salvo che la legge disponga altrimenti, stabilendo in forma esplicita una congrua diminuzione di pena per la forma colposa».

Se quest'ambizione di distinguere il più possibile tra dolo e colpa è senz'altro apprezzabile in linea di principio, è anche vero che per le ragioni esposte nella parte di questa trattazione specificamente dedicata alle contravvenzioni (tra cui, in particolare, la frequente limitata pregnanza del fatto), il guadagno sul piano della proporzione sarebbe più relativo[4].

---

[3] L'ultimo tentativo di riforma organica del codice penale italiano, il progetto "Pisapia" del 2007, proponeva di superare il "binomio" tra delitti e contravvenzioni.

[4] Si vedano, al riguardo, le considerazioni di M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., pp. 328 e 344 ss.

2. *Uno sguardo comparatistico: le "terze" forme di imputazione colpevole e l'*element analysis

Uno sguardo al di fuori dei confini nazionali potrebbe rafforzare la convinzione che abbia una plausibilità politico-criminale generale il ricorso all'affiancamento di dolo e colpa nell'imputazione del fatto tipico di un singolo illecito.

Guardando oltre il contesto tedesco, a lungo punto di riferimento privilegiato (quando non esclusivo) della dogmatica italiana, non passano inosservate alcune soluzioni adottate in coincidenza della relativamente recente codificazione avvenuta in Francia e in Spagna negli anni Novanta del secolo scorso.

In tali ordinamenti, sono state previste delle particolari figure normative che hanno ulteriormente alimentato il dibattito circa la possibilità di prevedere anche in Italia una terza forma di imputazione colpevole, non nel senso di dolo più colpa, ma una categoria unitaria che attragga le ipotesi di più ambigua identificazione e collocazione[5].

In Francia, la scelta è già di parte generale: la seconda previsione dell'art. 121-3 c.p. colloca in una posizione intermedia, tra l'intenzione e la colpa, la controversa figura della «mise en danger déliberée de la personne d'autrui» (deliberata messa in pericolo della persona altrui), la cui reale identità rispetto al dolo e alla colpa è controversa[6], anche se l'idea che si tratti di una figura autonoma (specialmente) rispetto alla colpa viene non di rado accreditata osservando che, per effetto delle riforme del 1996 e del 2000, la distinzione tra le due tipologie di responsabilità colpevole appare più marcata[7].

---

[5] Nella dottrina italiana, il più compiuto punto di riferimento in argomento resta il contributo monografico di F. Curi, *Tertium datur*, cit., il cui bilancio è condensato nelle pp. 262 e 263.

[6] Si veda, ad esempio, G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., p. 218, secondo cui «mentre da noi si dibatte se introdurre una terza forma di colpevolezza, in un sistema dove questa terza forma è stata introdotta legislativamente si discute a quale delle due forme tradizionali sia da ricondurre».

[7] In argomento, F. Palazzo, M. Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2013, pp. 143-145. Per un autorevole contributo proveniente dalla dottrina francese, J. Pradel, *Il delitto di messa in pericolo di terzi*, in

Il modello di imputazione in questione trova poi declinazione in alcune figure di parte speciale dedicate ovviamente alla tutela penale della persona, segnatamente nei casi di omicidio involontario, "semplice" (art. 221-6 c.p.) oppure commesso nel contesto stradale (art. 221-6-1 c.p.); analogamente è previsto se si verificano lesioni personali (artt. 222-19 ss. c.p.); ma non è indispensabile la verificazione di un evento di danno: si pensi alla fattispecie dell'art. 223-1 c.p., volta a punire in via autonoma l'esposizione altrui a pericolo di morte o lesioni significative per effetto della violazione manifestamente deliberata di una regola precauzionale[8].

Nella parte generale del codice penale spagnolo (artt. 5 e 10), si prevede che la responsabilità sia per condotte dolose (*dolosas*) o colpose (*imprudentes*), mentre nella parte speciale vi sono figure ambigue, quale quella di «temeridad manifiesta» dell'art. 380, che si riferisce alle gravi violazioni stradali menzionate nell'art. 379 (comunque autonomamente punite) e che vale a tipizzare un illecito di guida concretamente pericolosa. Vi è poi anche il «manifiesto desprecio por la vida de los demás», previsto dall'art. 381, che ha la funzione di qualificare in termini di maggiore gravità condotte che sono comunque di *temeridad manifiesta*, anche se la fattispecie *ad hoc* si configura pure in assenza di un pericolo concreto. In ogni caso, la punibilità è stabilita a prescindere dalla verificazione di un evento lesivo[9].

La lettura che sembra più diffusa è quella che in questi casi ravvisa una forma di dolo attenuata, più precisamente, una specificazione del dolo eventuale. Così era, quantomeno, quando la disciplina delle ipotesi più gravi si riferiva al «cosciente desprecio por la vida de los demás», previsto dalla previgente versione dell'art. 384 c.p.[10].

A. Cadoppi (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, Cedam, 2002, p. 153 ss.

[8] Per un quadro aggiornato, J. Pradel, *Droit pénal général*, 22ª ed., Paris, Éditions Cujas, 2019, p. 485 ss.; nella dottrina italiana, di recente, S. Raffaele, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 341 ss.

[9] In caso di evento dannoso, l'art. 382 c.p. dispone una sorta di assorbimento del reato di pericolo (il richiamo è agli artt. 379, 380 e 381 c.p.) in quello di danno, accompagnando però questa indicazione a un vincolo sanzionatorio che tenga conto della gravità del disvalore d'azione.

[10] Si veda F. Curi, *Tertium datur*, cit., p. 197.

Ora che il *desprecio por la vida de los demás* è stato ridescritto come «manifiesto», si potrebbe pensare a una svolta in senso "oggettivistico" e quindi a una degradazione tale da avvicinarlo più al contesto della colpa, evidentemente almeno di grado elevato, ma parte della dottrina segnala come si tratterebbe di un'interpretazione irragionevole, considerato anche l'aumento di pena[11] che ha accompagnato la riformulazione in parola, che deporrebbe in senso contrario rispetto al superamento dello schema del dolo eventuale[12].

È noto come l'idea di una terza forma di colpevolezza al fine di "sdrammatizzare" il problema della distinzione tra dolo e colpa abbia radici nel sistema di *common law*, in particolare nell'ordinamento inglese, in cui la *mens rea* è tradizionalmente scomposta in *intention*, *recklessness* e *negligence*[13]. Alla *recklessness* viene ricondotta buona parte della casistica che nel nostro ordinamento pone di fronte alla tormentata distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione dell'evento. La versione di questo criterio di imputazione colpevole che si è inizialmente affermata e che anche oggi risulta consolidata ha una venatura "soggettiva", nel senso che non prescinde da un collegamento propriamente psicologico con un rischio consistente di realizzazione del fatto vietato; rischio che deve essere infatti, oltre che irragionevole, rappresentato: c.d. *Cunningham recklessness*[14].

Non si deve però pensare a un quadro rimasto immutato nei decenni, perché all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso si è fatta strada, soprattutto in alcuni settori, una versione più "oggettiva" di *recklessness*: la c.d. *Caldwell recklessness*, per cui non sarebbe ne-

---

[11] Il «cosciente desprecio por la vida de los demás» a cui si riferiva in passato l'art. 384 c.p. era ordinariamente punito con una sanzione detentiva da 1 a 4 anni, mentre l'attuale «manifiesto desprecio por la vida de los demás», tipizzato nell'art. 381 c.p., è punito con sanzione detentiva da 2 a 5 anni.

[12] In questo senso, ad esempio, J. Muñoz Ruiz, *El delito de conducción temeraria. Análisis dogmático y jurisprudencial*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 298. Nella dottrina italiana recente, in argomento, S. Raffaele, *Essenza e confini del dolo*, cit., p. 410 ss.

[13] Si rinvia a J. Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, cit., p. 173 ss. Nella dottrina italiana, per un'ampia e generale trattazione della *mens rea* inglese, S. Vinciguerra, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, Cedam, 1992, p. 157 ss.; A. Cadoppi, *Mens rea*, cit., p. 634 ss.

[14] R v Cunningham [1957] 2 QB 396.

cessaria alcuna effettiva percezione degli elementi del reato da parte dell'agente, bastando il carattere di «ovvietà» del rischio intrapreso[15]. Questa «svolta "oggettivistica"»[16] della *House of Lords*, segnata in particolare da Lord Diplock, è però durata circa un ventennio[17], in quanto nel 2003 la stessa *House of Lords* ha ristabilito sostanzialmente un ritorno alla c.d. *Cunningham recklessness*[18].

L'idea di "imitare" la soluzione di *common law*, ipotizzando cioè una confluenza di dolo eventuale e colpa cosciente in un'unica categoria, non è affatto estranea alla dottrina italiana, all'interno della quale si registrano significative adesioni, anche piuttosto recenti[19]. Si tratta comunque di una prospettiva che ha incontrato non poche resistenze. La nostra tradizione giuridica, influenzata più spesso dalla dottrina tedesca (in cui non mancano comunque autorevoli prese di posizione in favore dell'introduzione di una "terza" forma di responsabilità)[20], preme notoriamente in direzione contraria rispetto al superamento della bipartizione dolo-colpa: in particolare, si è avvertito come fondato il timore che si riproponga un problema di delimitazione della linea di confine tra categorie, do-

---

[15] R v Caldwell [1982] AC 341. Questa tipologia di *recklessness* viene talvolta indicata anche facendo riferimento al coevo caso *Lawrence*, in cui è stata affermata la stessa definizione di *recklessness*: R v Lawrence [1982] AC 510.

[16] Così A. Cadoppi, *Mens rea*, cit., p. 636.

[17] Dà esattamente conto di come vi sia stata una coesistenza delle due versioni F. Curi, *Tertium datur*, cit., p. 73 ss., in particolare p. 89 ss.

[18] R v G and another [2003] UKHL 50. Si veda l'analisi diacronica di D. Ormerod, K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, cit., p. 133 ss., dall'eloquente intitolazione: «The rise and fall of objective recklessness».

[19] Ad esempio, A. Melchionda, *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspicate revisioni normative dei confini fra dolo e colpa*, in A. Cadoppi (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa*, cit., p. 185 ss.; F. Curi, *Tertium datur*, cit., in particolare pp. 262 e 263; A. Manna, *È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, cit., p. 23 ss.; F. Viganò, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., p. 16, per cui la discussione sull'introduzione di una forma di responsabilità intermedia tra dolo e colpa «continua troppo sbrigativamente a essere liquidata dalla dottrina dominante»; S. Raffaele, *Essenza e confini del dolo*, cit., pp. 396 ss. e 450 ss.

[20] Ad esempio, T. Weigend, *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1981, p. 657 ss.; più di recente, T. Hörnle, *Vorsatzfeststellung in "Raser-Fällen"*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018, p. 1576 ss.; Ead., *Raserfälle: Ist Vorsatz verwerflicher als Fahrlässigkeit?*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14 aprile 2018, muovendo dall'analisi della casistica sulle gare automobilistiche illegali (*Raser-Fälle*).

vendosi comunque individuare i limiti di questa forma di responsabilità colpevole con il dolo, da un lato, e con la colpa, dall'altro, con difficoltà a pervenire a qualificazioni univoche, come dimostrerebbe – viene di solito aggiunto – l'esperienza dei Paesi che ricorrono allo schema tripartito[21].

Sulla *recklessness* (e forme assimilabili) si tornerà a breve per un ulteriore confronto con l'idea di imputazione colpevole differenziata, ma non prima di avere esplorato un altro capitolo fondamentale dell'esperienza giuridica dell'area di *common law*. Ci si riferisce a quello relativo al *Model Penal Code* statunitense del 1962, un codice penale modello redatto dall'*American Law Institute* per guidare gli Stati federati nella messa a punto della normativa penale statale[22].

Ciò che merita attenzione è il fatto di concepire l'imputazione colpevole non necessariamente in relazione al reato nella sua interezza, ma per elementi dello stesso, gli *elements of the offense*. Rispetto a questi, l'atteggiamento può essere colpevole quando il soggetto agisca «purposely» (intenzionalmente, cioè di proposito), «knowingly» (consapevolmente), «recklessly» (sconsideratamente), «negligently» (colposamente): così prevede la *section* 2.02 (1), dedicata ai «Minimum Requirements of Culpability». Ognuna di queste forme viene poi diversamente definita a seconda del tipo di elemento

---

[21] Per tale critica, sviluppata più nel dettaglio insieme ad altre, si veda S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 279 ss.; Id., *La definizione legale del dolo: il problema del* dolus eventualis, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 938 ss. Si veda, inoltre, M. Masucci, *'Fatto' e 'valore' nella definizione del dolo*, cit., p. 404, il quale ritiene che «indicazioni di rango costituzionale» orientino nel senso di ravvisare un autentico «iato» tra dolo e colpa: «Le difficoltà che emergono nell'accertamento processuale, per quanto innegabili, non devono indurre modificazioni del diritto sostanziale che conducano a obliterare ogni differenza in termini di responsabilità e di graduazione della medesima. Anzi, la cancellazione delle differenze potrebbe addirittura porre il problema dell'effettivo rispetto di un criterio di ragionevolezza legislativa, senz'altro rilevante ai sensi dell'art. 3 Cost., perché il pari trattamento di situazioni diverse avverrebbe *in malam partem* per i soggetti a carico dei quali si configuri un atteggiamento corrispondente alla colpa, ancorché grave».

[22] Per un inquadramento, fondamentale punto di riferimento è M. Dubber, *An introduction to the Model Penal Code*, 2ª ed., New York, Oxford University Press, 2015. Nella dottrina italiana, ampi riferimenti in A. Cadoppi, *Mens rea*, cit., p. 642 ss.

a cui può essere posta in relazione: semplificando, condotta, elementi di contesto ed eventi: *section* 2.02 (2).

Non passa inosservato che per il *Model Penal Code*, *recklessness* e *negligence* condividono il riferimento a un rischio di grado elevato («substantial and unjustifiable») in grado di concretizzare una sensibile divergenza («gross deviation») rispetto allo *standard* di condotta concretamente ipotizzabile. Il tratto differenziale si rinviene nella *consapevolezza effettiva* di questo rischio soltanto in capo a colui che agisce con *recklessness* («consciously disregards»), mentre nelle ipotesi di *negligence* l'agente, più semplicemente, *dovrebbe esserne cosciente* («should be aware»).

In caso di mancata precisazione della colpevolezza sufficiente per rendere imputabile un elemento materiale («unless otherwise provided»), quest'ultimo può essere effettivamente addebitato tanto se integrato *purposely*, quanto *knowingly*, come anche *recklessly*: *section* 2.02 (3). La disciplina riflette così una chiara scala di gravità tra le diverse varianti di *culpability*, che trova coerenza anche quando possa bastare la *negligence*: l'elemento interessato può a maggior ragione essere imputato se integrato *purposely*, *knowingly* o *recklessly*: *section* 2.02 (5).

La disposizione chiave è però quella della *section* 2.02 (4), dove si precisa che il criterio di imputazione è il medesimo per tutti gli elementi dell'*offense* solo quando una forma di colpevolezza è prevista senza alcuna specificazione. Il che vale a riconoscere un carattere sostanzialmente sussidiario alle ipotesi di *culpability* uniforme, lasciando cioè intendere che la normalità sia il ricorso a un'imputazione colpevole differenziata.

La dottrina non ha certo potuto ignorare la metodologia di imputazione autorevolmente prevista dal *Model Penal Code* e l'ha spesso descritta parlando di «element analysis», evocando efficacemente un approccio differenziato per elementi ai criteri di imputazione colpevole[23].

Più difficile è districarsi nella legislazione nordamericana e tro-

[23] Fondamentale lo scritto di P.H. Robinson, J.A. Grall, *Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond*, in *Stanford Law Review*, 1983, p. 681 ss. Per un bilancio successivo dell'esperienza del *Model Penal Code*, anche per alcune proposte di modifica, si veda, ad esempio, K.W. Simons,

vare le prove di un ampio recepimento di questo indirizzo a livello statale, ma pare comunque significativo che rispetto a fenomeni offensivi di relativamente recente emersione si proponga di strutturare la disciplina proprio in termini di *culpability* differenziata. Così, ad esempio, riguardo al c.d. *revenge porn*, per cui alla divulgazione («disclosure») delle immagini o dei video di una persona identificabile dovrebbe associarsi un criterio di dominio psicologico effettivo dell'elemento, quindi «purpose or knowledge», mentre riguardo alla mancanza di consenso della persona ritratta non dovrebbe essere richiesta più che la *recklessness*: «The mens rea for the second element, without the consent of the person depicted, should be no higher than recklessness»[24].

Proprio contesti del genere sembrano dimostrare come un allargamento dell'area della punibilità potrebbe (e spesso dovrebbe) ben essere parziale, circoscritto, senza cioè che sia necessario prevedere la *recklessness* – nel nostro ordinamento varrebbe lo stesso per la colpa – per tutta la struttura dell'illecito.

Se poi si estende lo sguardo alla *law in action* e si includono anche le varie ipotesi di *mistake* (errore), non è affatto raro riscontrare prese di posizione giurisprudenziali nel senso di alimentare, nemmeno troppo implicitamente, forme di imputazione colpevole differenziata[25], come peraltro si è già visto, in particolare nelle pagine dedicate ai reati sessuali, dove il grado di colpevolezza per una quota del reato è talvolta davvero minimo, se non sostanzialmente corrispondente alla responsabilità oggettiva. Proprio nell'applicazione di istituti del genere sembra ricavarsi la prova di quanto nei Paesi anglosassoni la punibilità sostanzialmente per colpa – nemmeno grave: è

Should the Model Penal Code's Mens Rea *Provisions Be Amended?*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2003, p. 179 ss.

[24] M.A. Franks, *"Revenge Porn" Reform: a View From the Front Lines*, in *Florida Law Review*, 2017, p. 1284; scritto nel quale vi sono molti esempi di combinazione di diversi criteri di *mens rea*, talora riferiti a discipline già vigenti. Nella dottrina italiana, per riferimenti all'*element analysis* proprio riguardo al c.d. *revenge porn*, G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet, cit., pp. 2075 e 2076.

[25] Di accoglimenti dell'*element analysis* da parte della *Supreme Court of the United States* danno conto R.G. Singer, J.Q. La Fond, S.B. Baughman, *Criminal Law*, cit., pp. 83 e 84.

un effetto del ricorso alla *reasonable person* – sia ben più diffusa di quanto si possa *prima facie* pensare[26].

Muovendo da un'analisi dei profili di imputazione colpevole nei reati sessuali, nella dottrina italiana vi è stata una riflessione di politica criminale – quella di Alberto Cadoppi[27] – di più ampio respiro, volta a far emerge le condizioni in cui sarebbe plausibile un sostanziale accoglimento di un approccio legislativo alla colpevolezza differenziato per elementi dell'illecito. Anche in ragione della sua sostanziale condivisibilità (come già detto) con riferimento alla combinazione di dolo e colpa che prospetta riguardo allo specifico tema dell'*ignorantia aetatis*, tale riflessione non può che rappresentare il punto di inizio per immaginare un possibile scenario futuro per il nostro ordinamento.

Si è osservato che «laddove, come nel caso di specie, è meno facile del solito per il soggetto conoscere *con precisione* un qualche presupposto del reato, poiché esso non si manifesta nella sua caratteristica rilevante per la legge *ictu oculi*, allora, se si vuole tutelare effettivamente il bene giuridico, occorre imporre al soggetto stesso un'attività volta ad accertare tale carattere dell'elemento in questione»[28]. Assumendo come oggetto privilegiato l'elemento dell'età della persona verso cui vi sia il desiderio di un contatto di natura sessuale, si specifica: «Quantomeno se l'agente si trova "nell'area di rischio penale", dal momento che l'oggetto delle sue brame sessuali è evidentemente persona in tenera età, è bene che si accerti esattamente in merito a tale età»[29].

È lo stesso Autore che apre esplicitamente alla possibilità di estendere il ricorso a un'imputazione parzialmente colposa anche al di fuori dello specifico settore sessuale, considerando, in particolare, altre ipotesi in cui il disvalore della fattispecie dipende da «una precisa caratteristica quantitativa dell'oggetto materiale del reato,

---

[26] In questo senso sembra possibile integrare i risultati dell'analisi – incentrata più che altro sulla colpa lieve e su quella incosciente – di D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., p. 415 ss., volta a smentire il luogo comune per cui nell'area di *common law* sia molto limitata la punibilità sostanzialmente per colpa.

[27] A. Cadoppi, *Art. 609*-sexies *c.p.*, cit., pp. 723-725, il quale, in particolare a p. 723, nota 96, fa esplicito riferimento all'*element analysis*.

[28] *Ibidem*, p. 723.

[29] *Ibidem*, p. 724.

che non può emergere, se non a grandi linee, da un'osservazione superficiale»[30]. Il riferimento a elementi riconducibili sostanzialmente alla categoria delle soglie si rende sempre più evidente e, in effetti, un'esemplificazione proposta riguarda proprio il preciso ammontare di una somma di banconote che, senza una specifica conta, può essere quantificata soltanto approssimativamente.

Pur senza aver approfondito il discorso come si è invece fatto riguardo a ipotesi criminose volte a tutelare la persona, si è incontrato un problema del genere nell'ambito dei reati tributari, dove l'illecito penale e la sua specifica area di offensività vengono definiti tramite il riferimento al superamento di una determinata soglia.

Un aspetto su cui la riflessione ora in considerazione si sofferma e che merita attenzione è il carattere frequente piuttosto che eccezionale della corretta percezione del dato quantitativo o comunque dell'elemento dell'illecito rispetto al quale si voglia valutare la possibilità di un'imputazione colposa. Viene osservato che, ad esempio, l'errore colposo sull'altruità della cosa nel furto è piuttosto raro e anche per questo non vi sarebbe bisogno di allargare l'area della punibilità rispetto alla versione completamente dolosa del delitto, mentre un difetto di rappresentazione rispetto a elementi di carattere quantitativo sarebbe decisamente più frequente. Il discorso sarebbe destinato a cambiare – si aggiunge – se il furto fosse punibile solo oltre un certo valore, il che consentirebbe una riapertura degli spazi per la colpa[31].

Quello della rilevanza statistica di un errore può rappresentare senz'altro un criterio orientativo per il legislatore nella prospettiva di tipizzare nuove figure a imputazione colpevole differenziata, ma è evidente come ciò non sia di per sé sufficiente, perché sono diversi gli aspetti che un legislatore avveduto dovrebbe ponderare. Tra questi, ad esempio, il rango del bene giuridico e l'eventuale capacità di altri settori dell'ordinamento di farsi già carico in modo proporzionato delle istanze di protezione. A una logica di proporzione dovrebbero poi essere particolarmente ispirate anche le scelte di politica criminale relative a quelle aree in cui il diritto penale si pone in

[30] *Ibidem*.
[31] *Ibidem*, pp. 724 e 725.

tensione con libertà di speciale "consistenza": può essere al riguardo sufficiente richiamare il ragionamento che si è sviluppato rispetto alla responsabilità del soggetto che invochi una legittima difesa per l'uccisione del ladro oppure del giornalista tenuto al controllo della verità della notizia diffamatoria. In entrambi gli ambiti casistici, l'agente – che pure esprime un dolo riguardo al fatto tipico – è titolare di interessi anche di rango costituzionale. Affinché questo riconoscimento sia effettivo ci si potrebbe limitare all'apertura di spazi alla sola colpa grave.

È chiaro, inoltre, che il rispetto della dovuta proporzione sulla scelta di incriminazione non farebbe venir meno la necessità di garantire anche una proporzione sanzionatoria, considerato che il senso del rimprovero sarebbe spiccatamente colposo.

Sul piano della legalità, non vi è dubbio che la tipizzazione di ipotesi di imputazione colpevole differenziata dovrebbe essere riconoscibile. A questo fine, il *Model Penal Code* statunitense sembra dimostrare che un coerente sviluppo dell'*element analysis* può cogliersi persino in una dimensione interna a ciascun criterio di imputazione colpevole. Un esempio ulteriore e che potrebbe essere preso in considerazione anche nel nostro ordinamento, così da superare la prospettiva limitata impropriamente all'evento che si legge negli artt. 42 e 43 c.p., è fornito da una nota disposizione di diritto penale internazionale. Lo Statuto di Roma del 1998, ossia il trattato istitutivo della Corte penale internazionale, prevede all'art. 30 un'ordinaria (cioè, anche qui, «unless otherwise provided») responsabilità sostanzialmente dolosa articolata in termini di «intent» e «knowledge» a seconda degli elementi costitutivi dell'illecito a cui si rapporta: così il primo si riferisce alla condotta e all'evento, mentre il secondo a «circostanze esistenti» oppure anche all'evento[32].

[32] Per un'analisi relativamente recente di questa disciplina e della casistica maturata, A. Vallini, *La* mens rea, in E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 137 ss., in particolare p. 149 ss. In argomento, si vedano anche, ad esempio, N. Pisani, *L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello Statuto della Corte internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1370 ss.; A. Eser, *Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law*, in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*. Vol. I, Oxford, Oxford Univer-

Si tratta di una soluzione interessante innanzitutto perché rappresenta un'operazione di sintesi tra l'impostazione di *civil law* e quella di *common law*, all'esito della quale risulta salvaguardata l'idea della responsabilità dolosa come dominio effettivo del fatto[33]. Nonostante un'iniziale apertura anche al dolo eventuale, in particolare in una decisione sul caso *Lubanga*[34], si è assistito a un successivo consolidamento della limitazione alle forme più pregnanti del dolo, che nella nostra tradizione potrebbero corrispondere al dolo intenzionale e al dolo diretto[35]. Se ciò pone dei problemi all'interno

---

sity Press, 2002, p. 889 ss.; E. Mezzetti, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, in G. Lattanzi, V. Monetti (coordinato da), *Corte Penale Internazionale. Organi - competenza - reati - processo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 313 ss.; R. Borsari, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, Cedam, 2007, p. 331 ss.; A.M. Maugeri, *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 318 ss.; S. Manacorda, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino, Giappichelli, 2008, in particolare p. 138 s., 279 s. e 270 ss.; R. Sicurella, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 173 ss.; R. Wenin, *La* mens rea *nello statuto di Roma. Un'analisi esegetico-sistematica dell'art. 30 in chiave comparata*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 27 ss.; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 266 ss.; M.E. Badar, *The Concept of Mens Rea in International Criminal law. The Case for a Unified Approach*, Oxford, Hart, 2013, in particolare p. 382 ss. (ma l'opera è interessante nel suo complesso, perché presenta un approccio al problema della colpevolezza nel diritto penale internazionale di tipo "comparatistico", nel senso che parte dalla messa a fuoco dell'impostazione interna di molti ordinamenti e offre un quadro sinottico di rara varietà, esteso ben oltre i "confini" del mondo occidentale); G.P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law. Volume Two: International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2019, p. 175 ss.; G. Werle, F. Jessberger, *Völkerstrafrecht*, 5ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, p. 244 ss.

[33] In questo senso, A. Vallini, *La* mens rea, cit., pp. 161 e 162, il quale attribuisce alla disposizione in questione i caratteri dell'«originalità» e della «selettività verso l'alto», riferendosi alla pregnanza del criterio di imputazione colpevole configurato.

[34] Su questo caso, più in generale, A. di Martino, *Lubanga e i bambini-soldato: note sul Judgment d'esordio della Corte penale internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1027 ss. e 1037 s., ove riferimenti alla diversa posizione della *Pre-Trial Chamber*, nel senso di ritenere compatibile il dolo eventuale con la definizione di *mens rea* dell'art. 30 dello Statuto, rispetto a quella della *Trial Chamber*, che lo esclude.

[35] Dà conto di tale consolidamento A. Vallini, *La* mens rea, cit., pp. 152 e 153, richiamando anche una decisione sul caso *Bemba Gombo*, sul quale si è nel frattempo pervenuti ad un giudizio d'appello: M. Bortoluzzi, *Luci e ombre della*

del sistema del diritto penale internazionale, dove la responsabilità si declina spesso in termini plurisoggettivi e il dolo eventuale viene avvertito come ragionevole criterio di imputazione[36], in un ordinamento nazionale dove la responsabilità colposa trovi più esplicito riferimento (eventualmente distinguendo tra diverse gradazioni di essa), una messa a punto in termini pregnanti del dolo potrebbe presentare più vantaggi che controindicazioni, tra l'altro sul piano della proporzione sanzionatoria.

3. *La questione aperta dei rapporti con il dolo eventuale. Differenze rispetto alla* recklessness*: istituto che "fonde" sul piano imputativo gli elementi del reato. La possibile convivenza di* recklessness *e imputazione colpevole differenziata*

Come si è visto nel corso della trattazione, il modello dell'imputazione colpevole differenziata può rappresentare, non di rado, una soluzione in grado di "sdrammatizzare" il problema dell'accertamento del dolo eventuale[37]: si tratta, come è evidente, di un tentativo di "aggirare" (spesso plausibilmente) l'ostacolo più che di affrontarlo direttamente. Non ci si è infatti dilungati sulla complicatissima distinzione tra dolo eventuale e colpa con previsione dell'evento, se non per il minimo indispensabile al fine di evidenziare la limitata affidabilità dei criteri finora proposti[38] e quindi l'opportunità di pragmatiche "vie di fuga" dal problema, che quantomeno consentano di affrontarlo con strumenti diversi.

È qui prevalso, dunque, un atteggiamento di diffidenza nei

sentenza d'appello Bemba Gombo della Corte penale internazionale, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1369 ss.

[36] Sul punto, si veda, in particolare, R. Sicurella, *Per una teoria della colpevolezza*, cit., p. 188 ss.

[37] M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione*, cit., pp. 2579 e 2580, compresa la nota 62.

[38] Va comunque dato atto alla dottrina, anche di recente, di aver dedicato importanti sforzi alla valorizzazione della dimensione "volitiva" del dolo eventuale: in questo senso, tra i contributi monografici degli ultimi anni, G. Salcuni, *Il "silenzio" del rischio*, cit., in particolare p. 167 ss.; P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo*, cit., in particolare p. 335 ss.

confronti del dolo eventuale, la cui messa a punto sul piano concettuale e dell'accertamento rimane in ogni caso un problema ineludibile. Anche laddove il legislatore ha cercato di ridurre il più possibile l'ambito applicativo del dolo eventuale, come nel contesto stradale, non è escluso che la giurisprudenza possa tornare a farne uso in casi del tutto peculiari, come ipotizza parte della dottrina. Il settore stradale, peraltro, suggerisce cautela rispetto alla conclusione che di soddisfacente "sdrammatizzazione" del problema si sia trattato, perché le pene ora previste per ipotesi interpretabili come preterintenzionali, nell'accezione già vista, si distinguono ben poco da quelle previste per le corrispondenti realizzazioni dolose degli eventi. Il rischio che va decisamente arginato è quello che l'imputazione parzialmente colposa possa addirittura fare da ponte verso la responsabilità oggettiva, che verrebbe punita con sanzioni tipiche della responsabilità dolosa: un doppio passo indietro delle garanzie. Uno slittamento altrettanto censurabile è quello che si registra rispetto all'omicidio preterintenzionale, che si rende protagonista di presunzioni iperpunitive, finendo per attrarre proprio ipotesi di responsabilità oggettiva rispetto all'evento morte e abdicando laddove dovrebbe intervenire, cioè nei casi di prevedibilità di tale conseguenza qualificante, in cui invece si fa largo l'omicidio *ex* art. 575 c.p., giudicato troppo spesso sussistente per effetto della massima d'esperienza impiegata fallacemente per cui se un evento era prevedibile allora l'agente lo ha previsto e se, pur avendolo previsto, ha agito, allora si è configurato un dolo eventuale.

È intuitivo come la principale differenza tra imputazione colpevole differenziata e *recklessness*, rispetto alla quale sembrerebbe porsi in radicale alternativa, è quella che non si tratta qui di operare una sorta di "fusione" sul piano imputativo dei diversi elementi costitutivi dell'illecito per pervenire a un criterio di colpevolezza unitario, ma, al contrario, di "scomporre" gli elementi e di renderli a imputazione autonoma; *rectius*: differenziata.

Vale la pena notare che le "ragioni" dell'imputazione colpevole differenziata, come convivono col dolo eventuale, potrebbero convivere anche con la *recklessness* (e forme assimilabili). Lo stesso *Model Penal Code* statunitense, infatti, fonda l'*element analysis*, ma la integra, al suo interno, con la *recklessness*, che potrebbe ben esse-

re – e in effetti si è visto che non di rado così è – uno dei criteri che compongono una forma di imputazione colpevole differenziata: lo si è constatato, ad esempio, con riferimento alla proposta di revisione proprio del *Model Penal Code* nella parte sui reati sessuali incentrati su profili di consenso. Si tratta, in definitiva, di due modelli tendenzialmente alternativi ma non inconciliabili.

L'alternatività a cui si è fatto appena riferimento è peraltro parziale. L'esperienza comparatistica sembra dimostrare che le ipotesi tradizionalmente ricondotte in altri ordinamenti alle "terze" forme di imputazione colpevole sono per lo più quelle in cui, se si può parlare ancora di colpa, questa assume comunque proporzioni consistenti in termini di gravità. Si è constatato come i modelli nostrani di imputazione colpevole differenziata, invece, siano costruiti su una colpa che, di regola, può anche essere lieve.

Naturalmente, in alcuni casi è possibile immaginare un futuro diverso e infatti un innalzamento del grado della colpa punibile è stato qui proposto per alcune tipologie di imputazione colpevole differenziata: si può richiamare l'esempio relativo all'obbligo di controllo della verità della notizia nel contesto dell'esercizio dell'attività giornalistica.

In altri contesti, però, si sono espresse delle riserve nei confronti di una rinuncia alla colpa lieve: lo si è visto con riferimento alla preterintenzione, dove il discorso tende peraltro a rendersi particolarmente delicato quando l'evento da prevenire sia la morte di una persona, come nel caso degli artt. 584 e 586 c.p. In un ambito del genere, una declinazione non debole del principio di personalità della responsabilità spesso dipende ancor prima da questioni di fatto proprio. Su tali questioni la trattazione si è soffermata a lungo, impegnandosi così a respingere gli spettri della responsabilità oggettiva che si accompagnano costantemente alla colpa lieve: questo non lo si può nascondere ed è anzi proprio ciò che ha stimolato un'appendice argomentativa piuttosto corposa, che in realtà ambisce a porsi come una riflessione di metodo suscettibile di essere generalizzata, pur con gli opportuni adattamenti di contesto.

Difficile è poi pensare che la logica generalpreventiva che sta alla base della tipizzazione di un obbligo cautelare relativo all'età della persona con cui si intenda compiere atti sessuali possa consentire un

arretramento ulteriore del diritto penale, dopo l'abbandono, almeno formale, della responsabilità oggettiva. Si è tentato anche qui di offrire qualche spunto volto a contenere il rischio di eccessi punitivi: si è visto come si potrebbe, se non altro, calibrare il più possibile l'accertamento della colpa alla luce del contesto concreto e imporre valutazioni di proporzione sull'edificazione della regola cautelare. Molto oltre non sembra plausibile spingersi, almeno a breve, anche in ragione del fatto che in contesti del genere una rinuncia generalizzata alla colpa lieve potrebbe implicare un preoccupante vuoto di tutela, essendo più problematico che altrove ipotizzare un adeguato intervento del diritto extrapenale[39].

Le considerazioni che precedono evidenziano una non perfetta sovrapponibilità tra "terze" forme di responsabilità penale e imputazione colpevole differenziata. Pertanto, se anche venisse assecondato l'auspicio di parte della dottrina nel senso che «tra dolo e colpa, *tertium datur*»[40], ciò non implicherebbe necessariamente l'oscuramento degli spazi di un modello – *rectius*: di una pluralità di modelli – per cui è possibile rivendicare comunque un autonomo diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento.

4. *Le ricadute della legittimazione esplicita dell'imputazione colpevole differenziata sull'applicazione di istituti tradizionali: dal tentativo alle disposizioni riferite al «delitto non colposo»*

Che la razionalizzazione dell'imputazione colpevole differenziata non sia una sterile questione teorica, di mera "etichetta", è ben possibile comprenderlo non solo ponendo mente ai profili di propor-

[39] In senso problematico sul generale abbandono della punibilità per colpa lieve, si vedano le autorevoli considerazioni di J.M. Silva Sánchez, *¿Despenalización de las imprudencias leves?*, in *InDret*, 4/2009, p. 1, il quale dubita, proprio con riferimento ai reati colposi che possono essere commessi dal comune cittadino, che si possa sempre ripiegare efficacemente sul diritto amministrativo sanzionatorio oppure su quello civile di danno, aggiungendo che, in ogni caso, non può essere sufficiente limitarsi a constatare gli effetti di alleggerimento del carico della giustizia penale.

[40] Il riferimento è ancora all'efficace titolo della monografia di F. Curi, *Tertium datur*, cit., in particolare p. 263 per la citazione letterale.

zione edittale, come si è fatto più volte finora, ma anche osservando le ulteriori conseguenze che la qualificazione come doloso di un illecito penale può comportare[41]. Può bastare qui richiamarne alcune, che emergono in relazione ai delitti.

Il primo nodo problematico si pone rispetto all'istituto del tentativo. La questione risulta pacificamente risolta rispetto alle ipotesi preterintenzionali nel senso della loro non punibilità *ex* art. 56 c.p. A ciò osta, evidentemente, la mancanza di una deliberata proiezione del comportamento verso la realizzazione dell'evento qualificante[42].

La dottrina e la giurisprudenza non sembrano aver invece affrontato la rilevanza della forma tentata di fattispecie differenti che però altrettanto si prestano a dar vita all'imputazione colpevole differenziata in senso stretto, come quelle in ambito sessuale, in cui la colpa si riferisce a un elemento diverso dall'evento. Nei repertori di giurisprudenza non si trova traccia, ad esempio, della punizione per tentativo del delitto di atti sessuali con minorenne caratterizzato da un *error aetatis*; ipotesi su cui anche la dottrina tende a non pronunciarsi, nemmeno in senso negativo[43].

In casi del genere, è più problematico ravvisare una incompatibilità ontologica tra il fatto e il requisito della univocità[44]. Nella sua materialità, il comportamento è effettivamente proiettato verso il risultato che concretizzerebbe l'offesa e in questo senso la dinamica è forse più affine a quella di certi delitti dolosi con *culpa iuris* sul

---

[41] Coglie lucidamente il problema P. Amelio, *Le fattispecie penali miste di dolo e colpa*, cit., p. 15 ss., il quale affronta sia questioni di diritto sostanziale che altre di ordine processuale.

[42] Per una conferma, ad esempio, S. Canestrari, *Delitti contro la vita*, cit., p. 530.

[43] In dottrina si tende ad assegnare un ambito applicativo piuttosto ristretto al tentativo di questo delitto persino avendo in mente la sua realizzazione integralmente dolosa. In questo senso, ad esempio, P. Veneziani, S. De Bonis, *I delitti sessuali contro i minorenni*, cit., p. 68, che si riferiscono più che altro ai casi in cui «l'adulto e il minore consenziente stiano chiaramente per compiere l'atto sessuale, senza giungere alla "consumazione" – dell'atto e del delitto – per cause indipendenti dalla loro volontà, magari perché sorpresi da un terzo soggetto».

[44] L'incompatibilità ontologica dovrebbe essere tanto più negata alla luce di quelle prospettive che non la ravvisano nemmeno a fronte di atti più radicalmente colposi: in tal senso, si vedano S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 752 e 753; in argomento, in precedenza, M. Siniscalco, *La struttura del delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 189 ss.

precetto (ordinariamente punibili a titolo di tentativo) piuttosto che a quella di talune realizzazioni di delitti colposi d'evento in cui l'agente non eserciti il controllo del decorso causale. Se si estende lo sguardo alla corruzione di minorenne, il discorso potrebbe riguardare, in termini analoghi, persino condotte effettivamente orientate da un dolo specifico come quello previsto nei primi due commi dell'art. 609-*quinquies* c.p.

Essenzialmente, il punto è che l'agente non si rende conto che ciò che vuole fare sia illecito; non se ne rende conto a causa di un errore colposo sul fatto tipico di reato. A fronte di ciò, l'ostacolo che pare più difficilmente superabile è l'assenza di riferimenti espliciti alla colpa nell'art. 56 c.p.; riferimenti che l'art. 42, comma 2, c.p. esige e che difficilmente potrebbero comparire in futuro, in ragione del comprensibile timore di pervenire ad allargare troppo l'area della punibilità in carenza (talvolta in totale assenza) di un disvalore "soggettivo" pregnante: è una dimostrazione di come venature "oggettive" e "soggettive" debbano bilanciarsi nella disciplina del tentativo, non essendo di per sé auspicabile un "soggettivismo" esasperato, da sempre giustamente guardato quantomeno con diffidenza, ma nemmeno un radicale "oggettivismo"[45].

Riguardo al problema specifico qui affrontato, le indicazioni comparatistiche, laddove paiono in qualche misura pertinenti, tendono a porsi in termini non favorevoli per l'agente: in questo senso, ad esempio, il disposto del §11 (2) StGB, che "forza" la qualificazione dolosa, ai fini dell'applicazione di taluni istituti, delle *Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen*[46]. Al limite, dal sistema tedesco si potrebbe prendere spunto per ciò che dispone riguardo alla punibilità del tentativo dei reati sanzionati più lievemente (*Vergehen*). Per essi, in base alla regola del § 23 (1), il tentativo si configura a condizione che lo preveda espressamente la legge. Analogamente, se si ritenessero superabili le obiezioni politico-criminali generali, la punibilità per tentativo di particolari ipotesi di imputazione colpevole

[45] Sulla storica contrapposizione tra le due concezioni del tentativo, per tutti, S. Seminara, *Il delitto tentato*, cit., in particolare pp. 311 ss., 823 ss. e 983 ss.

[46] H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 570 ss.; più di recente, J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 49ª ed., Heidelberg, Müller, 2019, p. 409 ss.

differenziata potrebbe essere rimessa alla valutazione del legislatore, ma è evidente che ciò richiederebbe, contestualmente, una profonda revisione della legalità dell'istituto *ex* art. 56 c.p., complicando la praticabilità della soluzione.

Guardando ad altri istituti, si noti che la disciplina dell'art. 99 c.p. sulla recidiva, riformata con la l. 5 dicembre 2005, n. 251, è applicabile soltanto nell'ipotesi di «delitto non colposo», quindi (se ne desume, *a contrario*) di delitto doloso e preterintenzionale[47].

Stessa terminologia selettiva si ritrova negli artt. 102, 103 e 108 c.p., che prevedono le anacronistiche figure dell'abitualità nel delitto e della tendenza a delinquere, la cui disciplina è contenuta nell'art. 109 c.p.

Se si prende, poi, in considerazione l'ultima legge di concessione dell'indulto, la l. 31 luglio 2006, n. 241, nel comma 3 dell'art. 1, si legge che «il beneficio dell'indulto è revocato di diritto se chi ne ha usufruito commette, entro cinque anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, un delitto non colposo per il quale riporti condanna a pena detentiva non inferiore a due anni».

Il punto è che, quando si tratta di valutare l'applicabilità di queste discipline, sembra prevalere l'idea secondo cui "fa fede il timbro", nel senso che il giudice tende ad attenersi alla qualifica formale dell'illecito attribuita dal legislatore. La penetrazione dell'imputazione colpevole differenziata già nella parte generale del codice penale dovrebbe accompagnarsi a un meditato ritocco delle discipline ora passate in rassegna: soluzione preferibile rispetto a quella di lasciare al giudice il compito di risolvere il problema di volta in volta, col rischio, nella migliore delle ipotesi, di forti disuguaglianze sul territorio nazionale.

---

[47] Così, ad esempio, A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 448, i quali escludono dall'ambito applicativo dell'art. 99 c.p. anche le contravvenzioni, come, infatti, la legge sembra disporre. In termini più ampi sulla disciplina attuale della recidiva, E.M. Ambrosetti, *Art. 99*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 580 ss., in particolare p. 585.

Bibliografia

Abbadessa G., *Ricettazione e dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2010.

Abbadessa G., *I commenti di Donini e Pisa alla pronuncia delle Sezioni Unite su ricettazione e dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2010.

Abraldes S., *Delito imprudente y principio de confianza*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.

Acale Sánchez M., *La miopia di 'vostro onore'*, in *Criminal Justice Network*, 10 novembre 2019.

Achenbach H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, Schweitzer, 1974.

Adragna A., *Il trattamento dei detenuti sex offenders nel carcere di Castelvetrano (TP)*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, 2016, p. 26 ss.

Aimi A., *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2011.

Aimi A., *Scontro frontale in autostrada con esito letale: la Cassazione conferma il dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2012.

Aimi A., *Omicidio preterintenzionale e principio di colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2013.

Aimi A., *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014.

Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, Bononia University Press, 2007.

Alagna R., *Dialogo breve sulla tipicità penale*, in Ambrosetti E.M. (a cu-

ra di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 3 ss.

Alagna R., *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1466 ss.

Alagna R., *La colpa penale del medico dinanzi alle Sezioni Unite: innovazioni, incertezze e perplessità*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 888 ss.

Albert H., *Per un razionalismo critico*, Bologna, il Mulino, 1973.

Aldrovandi P., *Art. 473 c.p.*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 1703 ss.

Alesci M., *Rilievi sul delitto di diffamazione e sul valore scriminante della critica*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3523 ss.

Alessandri A., *Art. 27 1° comma*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione - Rapporti civili*, Art. 27-28, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1991, p. 1 ss.

Alessandri A., voce *Tutela penale dei segni distintivi*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Torino, Utet, 1999, p. 432 ss.

Alessandri A., Seminara S., *Diritto penale commerciale*. Vol. I. *I principi generali*, Giappichelli, Torino, 2018.

Alexander D.F., *Twenty Years of Morgan: A Criticism of the Subjectivist View of Mens Rea and Rape in Great Britain*, in *Pace International Law Review*, 1995, p. 207 ss.

Alexy R., *Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2018, p. 871 ss.

Alibrandi L., *L'uso legittimo delle armi*, Milano, Giuffrè, 1979.

Allen M.J., *Criminal Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2017.

Altavilla E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Napoli, Morano, 1934.

Amati E., *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *disCrimen*, 3 giugno 2019.

Amato G., *Conclusione giusta e in linea con la norma e contro le negligenze*, in *Guida dir.*, 2018, 12, p. 28 ss.

Ambos K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Amelio P., *Le fattispecie penali miste di dolo e colpa*, Napoli, Jovene, 1977.

Ambrosetti E.M., *Il nuovo delitto di omicidio stradale*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1785 ss.

Ambrosetti E.M., *Art. 2*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codi-*

ce penale commentato con dottrina e giurisprudenza, Torino, Giappichelli, 2018, p. 70 ss.

Ambrosetti E.M., *Art. 99*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 580 ss.

Ambrosetti E.M., *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *disCrimen*, 5 novembre 2018.

Ambrosetti E.M., *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?*, in *disCrimen*, 23 maggio 2019.

Ambrosetti E.M., Mezzetti E., Ronco M., *Diritto penale dell'impresa*, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 2016.

Anastasia S., Anselmi M., Falcinelli D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, 2ª ed., Milano, Wolters Kluwer, 2020.

Andersson U., Edgren M., Karlsson L., Nilsson G. (ed.), *Rape Narratives in Motion*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019.

Angioni F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983.

Angioni F., *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1440 ss.

Angioni F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1279 ss.

Antolisei F., *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, Istituto Editoriale Scientifico, 1928.

Antolisei F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1934.

Antolisei F., *La colpa per inosservanza di leggi e responsabilità obiettiva*, in *Giust. pen.*, 1948, II, c. 1 ss.

Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1960.

Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª ed. (aggiornata e integrata da Conti L.), Milano, Giuffrè, 2003.

Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, 16ª ed. (integrata e aggiornata a cura di Grosso C.F.), Milano, Giuffrè, 2016.

Aranci M., *Aspetti problematici delle nuove lesioni colpose stradali (art. 590-bis c.p.): alcuni primi nodi all'esame del GIP di Milano*, in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2017.

Ardizzone S., *I reati aggravati dall'evento*, Milano, Giuffrè, 1984.

Ariolli G., *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contro*

la libertà sessuale: un necessario contemperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli, in *Cass. pen.*, 2008, p. 30 ss.

Aristotele, *Metafisica*, Libro IV (Γ), 1005 b e 1006 a, in Id., *Opere. Collezione di 20 libri*, Bari, Roma, Laterza, 2019.

Artosi A., *L'arte di contraddire*, Roma, Aracne, 2018.

Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, *La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini. Nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2018.

Astorina Marino P., *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino, Giappichelli, 2018.

Azzali G., *L'eccesso colposo*, Milano, Giuffrè, 1965.

Bacco F., *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2019, p. 53 ss.

Badar M.E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal law. The Case for a Unified Approach*, Oxford, Hart, 2013.

Balbi G., *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, Jovene, 1995.

Balbi G., *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sist. pen.*, 3 marzo 2020.

Barbera A., *Art. 2*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione - Principi fondamentali*, Art. 1-12, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1975, p. 50 ss.

Bartoli R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, Giappichelli, 2005.

Bartoli R., *"Colpa" in attività illecita: un discorso ancora da sviluppare*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1047 ss.

Bartoli R., *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2566 ss.

Bartoli R., *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2566 ss.

Bartoli R., *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, p. 233 ss.

Bartoli R., *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 139 ss.

Bartoli R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sin-*

dacato "intrinseco" sul quantum *di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 967 ss.

Bartoli R., *Verso la "legittima offesa"? Brevi considerazioni sulla riforma* in itinere *della legittima difesa*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2019, p. 17 ss.

Bartolini F., *Il reato di atti persecutori*, in *Riv. pen.*, 2014, p. 1 ss.

Basile F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 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, p. 911 ss.

Basile F., *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1564 ss.

Basile F., *La responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza della Cassazione relativa agli artt. 116, 584 e 586 c.p.*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2013, in particolare p. 346 ss.

Basile F., *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Treccani, in *www.treccani.it.*

Basile F., *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 409 ss.

Basile F., *Il delitto di rissa (art. 588 c.p.). Teoria e prassi*, Roma, Aracne, 2014.

Basile F., *Art. 661*, in Dolcini E., Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, 4ª ed., III, Assago, Wolters Kluwer, 2015, p. 1470 ss.

Basile F., *L'*enorme potere *delle circostanze sul reato e l'*enorme potere *dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.

Battaglini G., *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Padova, Cedam, 1949.

Bautista Pizarro N., *Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht. Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2017.

Beccaria C., *Dei delitti e delle pene* (a cura di Pisapia G.D.), (Livorno, 1764) Milano, Giuffrè, (ristampa) 1973.

Beck U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000.

Belfiore E.R., *Brevi note sul problema della scusabilità dell'«ignorantia legis»*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 154 ss.

Belfiore E.R., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1997.

Beling E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, Mohr, 1906.

Bellagamba F., *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 495 ss.

Bellagamba F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, Giuffrè, 2007.

Bellocci M., Giovannetti T. (a cura di), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, 2010, in *www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do*.

Benso L., Milani S., *Alcune considerazioni sull'uso forense dell'età biologica* (12 giugno 2013), in *Questione giustizia*, 22 luglio 2013.

Bentham J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, London, Payne, 1789.

Bentham J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Torino, Utet, 1998.

Bergonzini G., *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 3 giugno 2019, p. 383 ss.

Bernardi A., *Europa senza frontiere e armonizzazione dei sistemi sanzionatori in materia di circolazione stradale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 573 ss.

Bernardi S., *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l'esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?*, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2019.

Bertaccini D., *Dotazioni di armi comuni ad impulsi elettrici e interpretazione autentica sulle armi in dotazione alla polizia municipale (artt. 19 e 19-ter, d.l. n. 113/2018, conv. con modd. da l. n. 132/2018)*, in Curi F. (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 249 ss.

Bertolino M., *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, Giuffrè, 1993.

Bertolino M., *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium iuris*, 1996, p. 401 ss.

Bertolino M., *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, p. 51 ss.

Bertolino M., *Il trattamento del delinquente sessuale tra legislazione e prassi. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2013, p. 1805 ss.

Bertolino M., *Art. 609* sexies, in Forti G., Seminara S., Zuccalà G., *Commentario breve al codice penale*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 2043 ss.

Bertolino M. (a cura di), *Verso la riforma dei reati sessuali*. *Parte I: I reati* stricto sensu *sessuali*, in *www.aipdp.it* (2018), p. 2 ss.

Bestetti F., *Le metodologie di stima dell'età in ambito forense: il contributo dell'AgEstimation Project*, Università degli Studi di Macerata, 2018.

Bettiol G., *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 705 ss.

Bettiol G., *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in Id., *Scritti giuridici*, II, Padova, Cedam, 1966, p. 602 ss.

Bettiol G., *Diritto penale. Parte generale*, 11ª ed., Padova, Cedam, 1982.

Bianchi M., *Art. 601*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2468 ss.

Bianchi M., *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, Giappichelli, 2019.

Biasio L.R., Corbellini G., *Morire di ignoranza*, in *www.ilsole24ore.com*, Cultura, 17 marzo 2017.

Billis E., *Subjective side of the offence in Greece*, in Sieber U., Jarvers K., Silverman E., *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*, vol. 3.2, *Defining criminal conduct*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017, p. 286 ss.

Binder G., *Felony murder*, Stanford, Stanford University Press, 2012.

Binder G., Fissel B., Weisberg R., *Capital Punishment of Unintentional Felony Murder*, in *Notre Dame Law Review*, 2017, p. 1141 ss.

Blaiotta R., *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 78 ss.

Blaiotta R., *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010.

Blaiotta R., *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018.

Bobbio N., voce *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Treccani, 1978, (ora) in *www.treccani.it.*

Bobbio N., *Il Positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1996.

Boggiani M., *All'origine delle nuove misure introdotte all'art. 609* nonies*, 3° comma, c.p.: le* sex offenders laws *statunitensi*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 573 ss.

Boggiani M., *La legittimità costituzionale delle normative* antistalking*: uno sguardo comparatistico all'esperienza statunitense in tema di* vagueness, in *Ind. pen.*, 2012, p. 139 ss.

Boggiani M., *Art. 609 undecies*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2596 ss.

Bonafede M., *L'accertamento della colpa specifica*, Padova, Cedam, 2005.

Bondi A., *L'«esclusività» di* Rengier *(Contributo alla critica dei reati aggravati dall'evento)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1460 ss.

Bondi A., *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

Bonfiglioli A., *Art. 53*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 340 ss.

Bonini S., *Lo stalking come reato: il nuovo art. 612-bis c.p. e le fattispecie penali previgenti, anche in prospettiva comparata*, in Provincia autonoma di Trento, *Lo stalking. Caratteristiche del fenomeno e strumenti di tutela*, Trento, Provincia autonoma di Trento, 2011, p. 17 ss.

Bonini S., *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

Bonini S., *Art. 368*, in Fornasari G., Riondato S. (a cura di), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 59 ss.

Bonini S., *Art. 48*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 303 ss.

Bonini S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Borsari R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, Cedam, 2007.

Borsari R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, Padova University Press, 2013.

Borsari R., *La responsabilità penale del sanitario nelle motivazioni delle Sezioni Unite. Considerazioni rapsodiche*, in *Resp. med. Dir. prat. clin.*, 2018, p. 189 ss.

Bortoluzzi M., *Luci e ombre della sentenza d'appello Bemba Gombo della Corte penale internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1369 ss.

Boscarelli M., *A proposito del «principio di tassatività»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1147 ss.

Brancaccio M., *Il delitto di* stalking*: percorsi di giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 469 ss.

Bray C., *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019.

Bricchetti R., *Corretta la collocazione logico-sistematica delle componenti strutturali del reato*, in *Guida dir.*, 2008, 48, p. 73 ss.

Bricchetti R., Pistorelli L., *Tutela penale solo per i segni distintivi riconosciuti*, in *Guida dir.*, 2009, 37, p. 18 ss.

Bricola F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, Giuffrè, 1960.

Bricola F., *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965.

Bricola F., voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, Utet, 1967, p. 588 ss.

Bricola F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, Utet, 1973, p. 7 ss.

Bricola F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 445 ss.

Bricola F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 3 ss.

Brunelli D., *L'ignoranza inevitabile dei doveri militari dopo la manipolazione dell'art. 39 c.p. mil. pace: Nuovi spazi per l'imputazione dolosa della «culpa iuris»?*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2054 ss.

Brunelli D., *Omicidio preterintenzionale aberrante: un disinvolto impiego delle "finzioni" normative del dolo da parte della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2372 ss.

Brunelli D., *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, in Ambrosetti E.M. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 207 ss.

Brunelli D., *Art. 81*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 514 ss.

Brunelli D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2019.

Brunelli D. (a cura di), *Il "mistero" del dolo eventuale*, Torino, Giappichelli, 2014.

Bruno S., Bottiglioni G., *La struttura della bancarotta: la dichiarazione di fallimento (ora liquidazione giudiziale)*, in Cadoppi A., Canestrari

S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, II, 2ª ed., Milano, Utet, 2019, p. 2051 ss.

Brusco C., *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli-Bianco)*, Milano, Giuffrè, 2017.

Brusco C., *L'intervento delle Sezioni unite sulla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la legge Gelli-Bianco*, in il *Penalista*, 12 marzo 2018.

Burgstaller M., *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, Manz, 1974.

Cadoppi A., *Il reato omissivo proprio*, I: *profili introduttivi e politico criminali*, Padova, Cedam, 1988.

Cadoppi A., *Il reato omissivo proprio*, II: *profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, Cedam, 1988.

Cadoppi A., voce *Mens rea*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 618 ss.

Cadoppi A., *Art. 7*, in Id. (coordinati da), *Commentario delle "norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, Padova, Cedam, 1996, p. 185 ss.

Cadoppi A., «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto». *Riflessioni* de lege ferenda *sulla legittima difesa*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1377 ss.

Cadoppi A., *Art. 609*-bis *c.p.*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, p. 439 ss.

Cadoppi A., *Art. 609*-sexies *c.p.*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, p. 693 ss.

Cadoppi A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 434 ss.

Cadoppi A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in Fiandaca G., Francolini G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 83 ss.

Cadoppi A., *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in *Guida dir.*, 2009, 19, p. 49 ss.

Cadoppi A., *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in *Guida dir.*, 2009, 19, p. 52 ss.

Cadoppi A., *Stile legislativo di* common law *e continentale a confronto: l'esempio dello* stalking, in Vinciguerra S., Dassano F. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 105 ss.

Cadoppi A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2014.

Cadoppi A., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. IX, Assago, Utet, 2016, p. 407 ss.

Cadoppi A., *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-*bis *c.p.)*, in Cadoppi A., Veneziani P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, 2ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 9 ss.

Cadoppi A., *Art. 3 bis*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 102 ss.

Cadoppi A., *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2018.

Cadoppi A, *Il delitto di omessa dichiarazione*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, I, 2ª ed., Milano, Utet, 2019, p. 183 ss.

Cadoppi A. (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014.

Cadoppi A., Veneziani P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018.

Cadoppi A., Veneziani P., *Elementi di diritto penale*. *Parte speciale*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019.

Cadoppi A., Vitiello M., *A Kiss is Just a Kiss, or is It? A Comparative Look at Italian and American Sex Crimes*, in *Seton Hall Law Review*, 2010, p. 191 ss.

Caianiello M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3-4/2014, p. 143 ss.

Calabresi G., Al Mureden E., Driverless car *e responsabilità civile*, in *Riv. dir. banc.*, 2020 (suppl. fasc. I), p. 7 ss.

Calamandrei P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Le Monnier, 1935.

Calamanti A., *Il trattamento indifferenziato delle condotte dolose e delle condotte colpose nella presunzione di colpevolezza dell'art. 539 c.p. come violazione del principio di uguaglianza*, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 571 ss.

Caletti G.M., *Art. 590 sexies*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2306 ss.

Caletti G.M., *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet. *L'art. 612*-ter *c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 2045 ss.

Caletti G.M., Mattheudakis M.L., *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1369 ss.

Caletti G.M., Mattheudakis M.L., *La fisionomia dell'art. 590*-sexies *c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018, p. 25 ss.

Cancio Meliá M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, Bosch, 1998.

Canepa A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2011.

Canestrari S., *Profili di responsabilità colposa nell'esercizio della cronaca giornalistica*, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 520 ss.

Canestrari S., *L'*aberratio delicti *e la responsabilità preterintenzionale: un istituto… in via di estinzione ed una categoria normativa da ricostruire*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, Jovene, 1989, p. 415 ss.

Canestrari S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, Cedam, 1989.

Canestrari S., voce *Preterintenzione*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, Utet, 1995, p. 694 ss.

Canestrari S., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, in *Studium iuris*, 1996, p. 1396 ss.

Canestrari S., voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 107 ss.

Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè, 1999.

Canestrari S., *La definizione legale del dolo: il problema del* dolus eventualis, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 906 ss.

Canestrari S., voce *Preterintenzione*, in Cassese S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4481 ss.

Canestrari S., *Presentazione del "Documento per l'abolizione della pena di morte nel mondo"*, in *Criminalia*, 2009, p. 407 ss.

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

Canestrari S., *Il dolo*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, Torino, Utet, 2013, p. 89 ss.

Canestrari S., *La colpa*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, Torino, Utet, 2013, p. 127 ss.

Canestrari S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in Donini M., Orlandi R. (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 131 ss.

Canestrari S., *Principi di biodiritto penale*, Bologna, il Mulino, 2015.

Canestrari S., *Delitti contro la vita*, in Canestrari S., Cornacchia L., Gamberini A., Insolera G., Manes V., Mantovani M., Mazzacuva N., Sgubbi F., Stortoni L., Tagliarini F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 7ª ed., Milano, Monduzzi Editoriale, 2016, p. 475 ss.

Canestrari S., *Art. 42*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 254 ss.

Canestrari S., voce *Il consenso informato*, in *Europa. Le sfide della scienza*, Roma, Treccani, 2018, p. 450 ss.

Canestrari S., *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 2159 ss.

Canestrari S., Cornacchia L., De Simone G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Bologna, il Mulino, 2017.

Canzio G., Casalinuovo A., Marzaduri E., Santalucia G., *Verso l'abolizione delle formule di proscioglimento?*, in *Criminalia*, 2011, p. 415 ss.

Caporotundo F., *Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale*, in *Giur. Pen.*, 2017, n. 1 (web).

Cappellini A., *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2015.

Cappellini A., *Profili penalistici delle* self-driving cars, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2019, p. 325 ss.

Caputo M., *Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori*, in Bertolino M., Eusebi L., Forti G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, Jovene, 2011, p. 1373 ss.

Caputo M., *Art. 59*, in Lattanzi G., Lupo E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Milano, Giuffrè, 2015, p. 2 ss.

Caputo M., *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 905 ss.

Caputo M., *'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 724 ss.

Caputo M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, Giappichelli, 2017.

Caputo M., *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2018, p. 345 ss.

Caputo M., *Le 'sabbie mobili' dell'imperizia e la 'viscosità' dell'art. 590*-sexies *c.p. Considerazioni* de lege lata *e* de lege ferenda, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2019, p. 443 ss.

Card R., Gillespie A.A., Hirst M., *Sexual Offences*, Bristol, Jordans, 2008.

Carletti E., *I reati a mezzo stampa*, in Bricola F., Zagrebelsky V. (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte generale*, II, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1996, p. 121 ss.

Carmona A., *La responsabilità colpevole è necessariamente solo dolosa o colposa? A proposito della scomparsa delle ipotesi di responsabilità oggettiva*, in Stile A.M. (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, Jovene, 2003, p. 235 ss.

Carmona A., *Il principio di personalità nell'ultima giurisprudenza della Corte di cassazione: "colpa" o prevedibilità nel versari in re illicita, aspettando le Sezioni unite*, in *Riv. pen.*, 2009, p. 501 ss.

Carmona A., *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4585 ss.

Carpenter C.L., Beverlin A.E., *The Evolution of Unconstitutionality in Sex Offender Registration Laws*, in *Hastings Law Journal*, 2012, p. 1071 ss.

Carrara F., *Opuscoli di diritto criminale*. Vol. III. Opera XXXI, 5ª ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1898.

Cassani C., *Atti persecutori e recenti modifiche normative: spunti di riflessione*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 1 (web).

Castaldo A., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, Jovene, 1989.

Castaldo A., *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, Jovene, 1989, p. 304 ss.

Castronuovo D., *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 495 ss.

Castronuovo D., *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009.

Castronuovo D., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1594 ss.

Castronuovo D., *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2012.

Castronuovo D., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1723 ss.

Catenacci M., "Legalità" *e* "tipicità del reato" *nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003.

Caterini M., *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal* versari in re illicita *al dolo eventuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

Cavaliere A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, Jovene, 2000.

Celva M., *Art. 89*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 553 ss.

Centonze F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009.

Centonze F., *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1626 ss.

Cerezo Mir J., *Culpabilidad y pena*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1980, p. 347 ss.

Cerquetti G., *Il dolo*, Torino, Giappichelli, 2010.

Cerquetti G., *Riflessioni sulla volontà del fatto di reato, requisito del dolo, alla luce delle neuroscienze e di recente dottrina*, in Vinciguerra S., Dassano F. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 163 ss.

Chiavario M., *Ieri oggi e domani delle formule di proscioglimento*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 641 s.

Chiavario M., *La questione delle "formule": dietro i problemi tecnici l'esigenza di scelte etico-politiche*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 666 ss.

Ciappi S., Palmucci V., Scala P., Toccafondi I. (a cura di), *Aggressori sessuali. Dal carcere alla società. Ipotesi e strategie di trattamento*, Milano, Giuffrè, 2006.

Ciliberti V., *La* suitas. *Stato dell'arte e prospettive di un istituto controverso*, in *Cult. giur. dir. viv.*, 2017.

Cingari F., *Verso il rafforzamento della tutela penale dei marchi e dei segni distintivi*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 617 ss.

Cingari F., *Il contrasto alla contraffazione: evoluzione e limiti dell'intervento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1064 ss.

Cingari F., voce *Marchi, brevetti e segni distintivi (tutela penale dei)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, Giuffrè, 2014, p. 687 ss.

Cingari F., *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 3 (web).

Cingari F., *La repressione dei fenomeni persecutori*, in *disCrimen*, 19 novembre 2019.

Civello G., *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, Giappichelli, 2013.

Civello G., Quaestio disputata*: sulla colpa penale come vizio della volontà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1318 ss.

Civello G., *Il principio del* sibi imputet *nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2017.

Cocco G., *Beni giuridici funzionali* versus *bene giuridico personalistico*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 167 ss.

Cocco G., *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale. Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1949 ss.

Cocco G., *Art. 473*, in Ronco M., Romano B. (a cura di), *Codice penale commentato*, 4ª ed., Torino, Utet, 2012, p. 2284 ss.

Cocco G., *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'*error aetatis *e del concetto di pornografia minorile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1802 ss.

Cocco G., *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 67 ss.

Cocco G., *Il dolo come rappresentazione e volontà del fatto (42 co. 2°, 43 co. 1°, 1° a.)*, in Cocco G., Ambrosetti E.M. (diretto da), *Trattato bre-*

ve di diritto penale. Parte generale – I, 2, Assago, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 219 ss.

Cocco G., *La punibilità quarto elemento del reato*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017.

Coco P., *La tutela della libertà individuale nel nuovo sistema 'anti-stalking'*, Napoli, Jovene, 2012.

Coomber R., *Vim in the Veins – Fantasy or Fact: The Adulteration of Illicit Drugs*, in *Addiction Research & Theory*, 1997, p. 195 ss.

Coppi F., voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, *Enc. dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 223 ss.

Coppi F., *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, Università di Perugia, 1979.

Consulich F., Nolo cognoscere*. Il diritto penale dell'economia* tra nuovi responsabili *e* antiche forme di responsabilità «paracolpevole»*: spunti a partire dal nuovo art. 236* bis *L.F.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 613 ss.

Consulich F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, Giappichelli, 2018.

Consulich F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giur. Pen.*, 2019, n. 5 (web).

Consulich F., *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1231 ss.

Consulich F., *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Sist. pen.*, 21 novembre 2019.

Conti L., voce *Contravvenzione*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 226 ss.

Corbetta S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss.

Corbetta S., *Lesioni stradali gravi o gravissime: legittima la procedibilità d'ufficio*, in *Quot. giur.*, 25 ottobre 2019.

Corn E., *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

Cornacchia L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004.

Cornacchia L., *Tutela di beni giuridici* versus *tutela di norme*, in Vinciguerra S., Dassano F. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 217 ss.

Cornacchia L., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in Bertolino M., Eusebi L., Forti G.

(a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, Jovene, 2011, p. 821 ss.

Cornacchia L., Placing care. *Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 239 ss.

Cornacchia L., *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, Aracne, 2012.

Cornacchia L., *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, p. 247 ss.

Cornacchia L., *Responsabilità penale da attività sanitaria in* équipe, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2013, p. 1219 ss.

Cornacchia L., *Delitti contro l'incolumità individuale*, in Canestrari S., Cornacchia L., Gamberini A., Insolera G., Manes V., Mantovani M., Mazzacuva N., Sgubbi F., Stortoni L., Tagliarini F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 7ª ed., Milano, Monduzzi editoriale, 2016, p. 549 ss.

Cornacchia L., *La punibilità* sub condicione, in *Leg. pen.*, 12 dicembre 2017.

Cornelli R., *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2019, p. 128 ss.

Corrias Lucente G., *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla "giurisprudenza legislativa"*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 1041 ss.

Costantini A., *Istanze di criminalizzazione delle* fake news *al confine tra tutela penale della verità e repressione del dissenso*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2019, p. 60 ss.

Cottu E., *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 473 ss.

Cottu E., *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza nel dialogo tra le Corti*, in *Ind. pen.*, 2017, 355 ss.

Coy M., Kelly L., Vera-Gray F., Garner M., Kanyeredzi A., *From 'no means no' to 'an enthusiastic yes': changing the discourse on sexual consent through Sex and Relationships Education*, in Sundaram V., Saunders H. (ed.), *Global Perspectives and Debates on Sex and Relationships Education. Addressing Issues of Gender, Sexuality, Plurality and Power*, London, Palgrave Macmillan, 2016, p. 84 ss.

Crisafulli V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1694 ss.

Cupelli C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

Cupelli C., *Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2015.

Cupelli C., *La legge Gelli-Bianco in cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo*, *Cass. pen.*, 2017, p. 3164 ss.

Cupelli C., *L'art. 590-*sexies *c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 1° marzo 2018.

Cupelli C., *Il concorso colposo nel delitto doloso e la svolta "garantista" della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1920 ss.

Curi F., *Tertium datur. Dal* common law *al* civil law *per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, Giuffrè, 2003.

Curi F., *«Finché la barca va…». Il fatto sconsiderato (dai pirati della strada alla responsabilità della persona giuridica)*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 3 (web).

Curi F., *Le oscillazioni della giurisprudenza tra dolo e colpa nei casi di guida spericolata: uno spazio per la "sconsideratezza"?*, in Donini M., Orlandi R. (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 331 ss.

Curi F., *La responsabilità degli enti collettivi*, in Castronuovo D., Curi F., Tordini Cagli S., Torre V., Valentini V., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 111 ss.

D'Alessandro F., *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, p. 331 ss.

D'Alessandro F., *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2211 ss.

D'Ascola V.N., *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

de Faria Costa J., *Le definizioni legali del dolo e della colpa quali esemplificazioni delle norme definitorie nel diritto penale*, in Cadoppi A. (studi coordinati da), Omnis definitio in iure periculosa? *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1996, p. 247 ss.

De Francesco G., *Profili sistematici dell'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 429 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, p. 994 ss.

De Francesco G., *Il concorso di persone nel reato*, in Cadoppi A., Carletti E., De Francesco G., Fornasari G., Gamberini A., Guerrini R., Insolera G., Mantovani M., Mazzacuva N., Pavarini M., Stortoni L., Vallini A., Virgilio M., Zanotti M., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, Giappichelli, 2001, p. 328 ss.

De Francesco G., *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4624 ss.

De Francesco G., *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una problematica 'moderna'*, in *Leg. pen.*, 11 luglio 2017.

De Francesco G., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Giappichelli, Torino, 2018.

De Francesco G., Gargani A. (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, Giuffrè, 2017.

De Francesco V., *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-1978, p. 274 ss.

De Francesco V., *Il 'modello analitico' fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 107 ss.

De Lillo J., *Art. 584*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2247 ss.

de Marsico A., *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, Morano, 1930.

de Marsico A., *Colpa per "inosservanza di leggi" e reato aberrante*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1940, p. 237 ss.

De Santis G., *Il dolo eventuale come adesione volontaria alla lesione del bene: le SS.UU. "Thyssen" e il commiato dalla formula dell'accettazione del rischio*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 640 ss.

De Simone G., voce *Violenza*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 881 ss.

De Simone G., *L'elemento soggettivo del reato: il dolo*, in Bricola F., Zagrebelsky V. (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte generale*, I, 2ª ed., Torino, Utet, 1996, p. 395 ss.

De Simone G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, Edizioni ETS, 2012.

De Simone G., *Il delitto di atti persecutori*, Roma, Aracne, 2013.
de Vero G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983.
de Vero G., voce *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose (Contravvenzioni)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 76 ss.
de Vero G., *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 773 ss.
de Vero G., *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione «separata» dei tipi criminosi*, in Bertolino M., Eusebi L., Forti G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, Jovene, 2011, p. 883 ss.
de Vero G., *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 77 ss.
de Vero G., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2020.
de Vicente Remesal J., *La regulación de la imprudencia en el Código penal*, in *Revista xurídica galega*, 1999, 23, p. 13 ss.
Del Tufo V., *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, Jovene, 1990.
Delitala G., *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930.
Demuro G.P., *Il dolo*, I, *Svolgimento storico del concetto*, Milano, 2007.
Demuro G.P., *Il dolo*, II. *L'accertamento*, Milano, Giuffrè, 2010.
Demuro G.P., *Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 308 ss.
Demuro G.P., *La combinazione dolo-colpa nella preterintenzione: contro il regresso al* dolus indirectus, in *Diritto @ Storia*, 2016.
Demuro G.P., *Il concorso colposo in delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 949 ss.
Di Giovine O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, Giappichelli, 2003.
Di Giovine O., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006.
Di Giovine O., *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in Ambrosetti E.M. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 307 ss.
Di Giovine O., *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo*

su "Colpa medica e sicurezza delle cure" (Giappichelli, 2017), in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2018, p. 837 ss.

Di Giovine O., *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Leg. pen.*, 13 maggio 2019.

Di Giovine O., *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Torino, Giappichelli, 2019.

Di Florio M., *Gioco erotico culminato nella morte del coniuge: la "problematica" qualificazione di omicidio preterintenzionale. Riflessioni* de iure condendo *sul possibile rilievo delle prove neuroscientifiche*, in *Arch. Pen.*, 2018, p. 479 ss.

Di Lello Finuoli M., *La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1431 ss.

di Martino A., *Commento all'art. 7 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 456 ss.

di Martino A., *Lubanga e i bambini-soldato: note sul Judgment d'esordio della Corte penale internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1027 ss.

Diamanti F., *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1353 ss.

Diamanti F., *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, Torino, Giappichelli, 2019.

Di Biase G., *Il nuovo volto del dolo eventuale, tra criterio del bilanciamento e prima formula di Frank. Genesi della pronuncia a Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp e suo recepimento da parte della giurisprudenza successiva*, in *Ind. pen.*, 2015, p. 388 ss.

Di Fresco P., *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsideratamente spericolata: omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento?*, in *Foro it.*, 2010, II, c. 314 ss.

Di Fresco P., *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsiderata: dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione "rispolvera" la prima formula di Frank*, in *Foro it.*, 2011, II, c. 542 ss.

Dodaro G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012.

Dodaro G., *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1403 ss.

Dolcini E., *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 755 ss.

Dolcini E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, Cedam, 1979.

Dolcini E., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 863 ss.

Dolcini E., *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 431 ss.

Dolcini E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.

Dolcini E., *Pena e costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 3 ss.

Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991.

Donini M., *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, Giuffrè, 1993.

Donini M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996.

Donini M., *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato storico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32 ss.

Donini M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.

Donini M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006.

Donini M., *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in Donini M., Castronuovo D. (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2007, p. 201 ss.

Donini M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2555 ss.

Donini M., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 635 ss.

Donini M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011.

Donini M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 124 ss.

Donini M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1162 ss.

Donini M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, p. 70 ss.

Donini M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 698 ss.

Donini M., *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 4 ss.

Donini M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in Cadoppi A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017, p. 77 ss.

Donini M., *L'art. 3* bis *c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 429 ss.

Donini M., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1577 ss.

Donini M., *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra* lex *e* ius, Modena, Mucchi Editore, 2019.

Donini M., *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2019.

Donini M., Orlandi R., *La parabola della colpa*, in Donini M., Orlandi R. (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 11 ss.

Donini M., Ramponi L., *Il principio di colpevolezza*, in Insolera G., Mazzacuva N., Pavarini M., Zanotti M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, 4ª ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 283 ss.

Douma F., Palodichuk S.A., *Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles*, in *Santa Clara Law Review*, 2012, p. 1158 ss.

Dova M., *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

Dressler J., Garvey S.P., *Criminal Law. Cases and Materials*, 7th ed., Saint Paul, West Academic Publishing, 2016.

Dressler J., *Understanding Criminal Law*, 8ª ed., Durham, Carolina Academic Press, 2018.

Dubber M., *An introduction to the Model Penal Code*, 2ª ed., New York, Oxford University Press, 2015.

Duff A., *Answering for a crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, Hart, 2007.

Duff A., Farmer L., Marshall S., Tadros V. (ed.), *The Trial on Trial. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford, Hart, 2007.

Duncan M.J., *Sex Crimes and Sexual Miscues: The Need for a Clearer Line Between Forcible Rape and Nonconsensual Sex*, in *Wake Forest Law Review*, 2007, p. 1087 ss.

Dvorak J., George J., Junge A., Hodler J., *Application of MRI of the wrist for age determination in international U-17 soccer competitions*, in *British Journal of Sports Medicine*, 2007, p. 497 ss.

Ege H., *Oltre il mobbing*. Straining, Stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro, Milano, FrancoAngeli, 2005.

Ege H., *Al centro della persecuzione. Analisi, conseguenze e valutazioni del comportamento persecutorio*, Milano, Franco Angeli, 2010.

Eisele J., *Der Tatbestand der Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c StGB)*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2007, p. 168 ss.

Eisele J., § 177, in *Schönke/Schröder Strafrechtgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., München, Beck, 2019, p. 1792 ss.

Elvin J., *Causation and Legal Responsibility: 'Take Your Victim as You Find Him'?*, in *Journal of the Institute of Law*, 2017, p. 45 ss.

Engisch K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, Liebmann, 1930.

Engisch K., *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen. Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958, p. 566 ss.

Eser A., *Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law*, in Cassese A., Gaeta P., Jones J.R.W.D. (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*. Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 889 ss.

Estrich S., *Rape*, in *The Yale Law Journal*, 1986, p. 1087 ss.

Eusebi L. (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1989.

Eusebi L., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, Morcelliana, 1990.

Eusebi L., *Il dolo come volontà*, 2ª ed., Brescia, Morcelliana, 1993.

Eusebi L., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1053 ss.

Eusebi L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss.

Eusebi L., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisi-*

tazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, Jovene, 2011, p. 963 ss.

Eusebi L., *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 623 ss.

Eusebi L. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2015.

Evaristi G.M., *L'utilizzo dello* smartphone *alla guida nei delitti di omicidio e lesioni colpose stradali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2019, p. 456 ss.

Falcinelli D., *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, Giappichelli, 2007.

Faraldo Cabana P., *¿Intimidación o prevalimiento? La sentencia de La Manada y los delitos sexuales en España*, in *Criminal Justice Network*, 25 settembre 2018.

Faraldo Cabana P., Alcalé Sánchez M. (dir.); Rodríguez López S., Fuentes Loureiro M.A. (coord.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Fassone E., *Formule di proscioglimento: teoria, prassi e condizionamenti dal contesto*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 642 ss.

Favretto S., *Ancora in tema di dolo eventuale e colpa cosciente nel caso di omicidio e lesioni personale (Corte Assise Appello Torino, 2/2016)*, in *Giur. Pen.*, 2016, n. 5 (web).

Feijoo Sánchez B., *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena*, in *InDret*, 1/2007.

Feinberg J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 1984-1988.

Feis G., *"Dovere implica potere" a tutela dei diritti?*, in Cossutta M. (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2012, p. 81 ss.

Feis G., *Impossibilità nel diritto*, Pisa, Edizioni ETS, 2015.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 9ª ed., Roma, Laterza, 2008.

Ferrajoli L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 1/2019, p. 79 ss.

Ferrante M.L., *La «suitas» nel sistema penale italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

Ferzan K.K., *Consent, Culpability, and the Law of Rape*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2016, p. 397 ss.

Fiandaca G., *È "ripartibile" la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 570 ss.

Fiandaca G., *Inescusabilità dell'errore sull'età della persona offesa nella violenza carnale e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2652 ss.

Fiandaca G., *Nuove tendenze repressive in tema di diffamazione a mezzo stampa?*, in *Foro it.*, 1984, II, c. 532 ss.

Fiandaca G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 836 ss.

Fiandaca G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, *Foro it.*, 1988, I, c. 1385 ss.

Fiandaca G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, II, c. 306 ss.

Fiandaca G., *Sfrecciare col «rosso» e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*, in *Foro it.*, 2009, II, c. 414 ss.

Fiandaca G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.

Fiandaca G., *Le Sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1938 ss.

Fiandaca G., *Prima lezione di diritto penale*, Roma, Laterza, 2017.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 2013.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna, Zanichelli, 2019.

Finch E., *Stalking: A Violent Crime or a Crime of Violence?*, in *Howard Journal of Criminal Justice*, 2002, p. 422 ss.

Finocchiaro S., *Anche nell'omicidio preterintenzionale il criterio di imputazione dell'evento è la colpa in concreto? Una pronuncia della Corte d'assise di Reggio Emilia*, in *Dir. pen. cont.*, 24 dicembre 2015.

Finocchiaro S., *Le Sezioni unite sulla determinazione delle pene accessorie a seguito dell'intervento della Corte costituzionale in materia di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2019.

Fiore C., *Il reato impossibile*, Napoli, Jovene, 1959.

Fiore C., *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 380 ss.

Fiore C., Fiore S., *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Utet, 2020.

Fiore O., *Sull'uso forense dell'età biologica*, in *Questione giustizia*, 22 luglio 2013.

Fiorella A., *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa (Contributo alla determinazione del concetto di «previsione espressa» della responsabilità per colpa)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 995 ss.

Fiorella A., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018.

Fiorella A., *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in *Arch. Pen.*, 2018, *Speciale riforme*, p. 97 ss.

Fiorella A., *La codificazione penale in Italia e le sue prospettive di riforma*, in *Arch. Pen.*, 2019, n. 2 (web).

Fletcher G.P., *A Crime of Self Defense. Bernhard Goetz and the Law on Trial*, New York, The Free Press, 1988.

Fletcher G.P., *Basic Concepts of Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 1998.

Fletcher G.P., *The Grammar of Criminal Law. Volume Two: International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2019.

Flick G.M., voce *Molestia o disturbo alle persone*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, p. 698 ss.

Flora G., *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 337 ss.

Foffani L., *Introduzione. Una «nouvelle vague» del diritto penale dell'economia in Italia?*, in Foffani L., Castronuovo D., *Casi di diritto penale dell'economia*. I. *Impresa e mercato (Cirio, Parmalat, Antonveneta, Bnl-Unipol)*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 11 ss.

Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, Giuffrè, 1999.

Fondaroli D., *Dallo schema della Commissione Caselli al Ddl 2231 recante "nuove norme in materia di reati agroalimentari" approvato dal Consiglio dei Ministri il 1° dicembre 2017: profili di responsabilità delle persone fisiche e delle società*, in Raimondi N. (a cura di), *Diritto penale degli alimenti*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2018, p. 7 ss.

Fondaroli D., *Mille e non più mille: la riparazione pecuniaria e dintorni*, in *Arch. Pen.*, 2018, *Speciale riforme*, p. 159 ss.

Fornasari G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990.

Fornasari G., *Le cause di esclusione della colpevolezza*, in Cadoppi A., Carletti E., De Francesco G., Fornasari G., Gamberini A., Guerrini R., Insolera G., Mantovani M., Mazzacuva N., Pavarini M., Stortoni

L., Vallini A., Virgilio M., Zanotti M., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, Giappichelli, 2001, p. 257 ss.

Fornasari G., *Art. 49*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 307 ss.

Fornasari G., *Art. 56*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 352 ss.

Forte G., *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 228 ss.

Forte G., *Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 820 ss.

Forte G., *Gli incerti confini del dolo e della colpa: un caso problematico in tema di circolazione stradale*, in *La Corte d'Assise*, 2011, p. 291 ss.

Forti G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990.

Forti G., *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in De Maglie C., Seminara S. (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 67 ss.

Fradella H.F., Fahmy C., *Rape and Related Offenses*, in Fradella H.F., Sumner J.M. (ed.), *Sex, Sexuality, Law, and (In)Justice*, New York, Routledge, 2016, p. 138 ss.

Francolini G., *Ai limiti della violenza sessuale: il dibattuto problema della rilevanza penale dei toccamenti repentini ed insidiosi*, in *Riv. pen.*, 2006, p. 716 ss.

Frank R., *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1890, p. 169 ss.

Frank R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Gießen, Töpelmann, 1907.

Frank R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, 18ª ed., Tübingen, Mohr, 1931.

Franks M.A., *"Revenge Porn" Reform: a View From the Front Lines*, in *Florida Law Review*, 2017, p. 1251 ss.

Frisch W., *Vorsatz und Risiko Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln, Heymann, 1983.

Frisch W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, Müller, 1988.

Frisch W., *Le definizioni legali nel diritto penale tedesco*, in Cadoppi A. (studi coordinati da), Omnis definitio in iure periculosa? *Il proble-*

ma delle definizioni legali nel diritto penale, Padova, Cedam, 1996, p. 191 ss.

Frisch W., *Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, p. 249 ss.

Fronza E., *Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2018.

Fumo M., *La diffamazione mediatica*, Torino, Utet, 2012.

Fumo M., *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *Riv. dir. med.*, 2018, p. 83 ss.

Gallas W., *La struttura del concetto di illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 447 ss.

Gallo M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, Giuffrè, 1951.

Gallo M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1957.

Gallo M., voce *Colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 624 ss.

Gallo M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 750 ss.

Gallo M., *La piccola frase di Mortara*, Torino, Giappichelli, 2014.

Gallo M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 2ª ed., I, Torino, Giappichelli, 2019.

Galluccio A., *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018.

Gambardella M., *Osservazioni* a Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2015, n. 22526, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3068 ss.

Gambardella M., *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, Giappichelli, 2018.

Gambardella M., *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco*, in *Arch. Pen.*, 2018, *Speciale riforme*, p. 303 ss.

Garapon A., Salas D., *La Repubblica penale*, Macerata, Liberilibri, 1997.

Garcia A., *Consentimiento. Una nueva y polémica sentencia obliga a revisar el delito de violación*, in *https://elpais.com*, 2 novembre 2019.

Gargani A., *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand*. Le origini della tipicità penale*, Milano, Giuffrè, 1997.

Gargani A., *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 Cedu*, in *Leg. pen.*, 14 febbraio 2019.

Garvey S.P., *Self-Defense and the Mistaken Racist*, in *New Criminal Law Review*, 2008, p. 119 ss.

Gatta G.L., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, Aracne, 2013.

Gatta G.L., *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014.

Gatta G.L., *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018.

Gatta G.L., *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2018.

Gatta G.L., *Atti sessuali su minore incosciente per effetto dell'uso di alcool e droga: violenza o abuso sessuale? Il caso spagnolo della 'Manada de Manresa', nella prospettiva del penalista italiano. Sui confini dei concetti di violenza e minaccia*, in *Criminal Justice Network*, 10 novembre 2019.

Gatta G.L., *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2019.

Gelardi M., *Il dolo specifico*, Padova, Cedam, 1996.

Gentile G., *«Se io avessi previsto tutto questo»*. Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

Gerstmann E., *Campus Sexual Assault. Constitutional Rights and Fundamental Fairness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

Gimbernat Ordeig E., *El comportamiento alternativo conforme a derecho.* De la causalidad a la imputación objetiva, Montevideo, Buenos Aires, Editorial B de F, 2017.

Giugni I., *Causalità della colpa e circolazione stradale tra prassi applicative e dubbi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2019.

Giunta F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, Cedam, 1993.

Giunta F., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1295 ss.

Giunta F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss.

GIUNTA F., *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2738 ss.

GIUNTA F., *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature*, in *Criminalia*, 2018, p. 195 ss.

GIZZI L., *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.,* 2005, p. 4107 ss.

GOISIS L., *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia 'di genere'*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012.

GÖSSEL K.H., *Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGb*, in WARDA G., WAIDER H., VON HIPPEL R., MEURER D. (Hrsg.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York, de Gruyter, 1976, p. 219 ss.

GREGSON C.B., *California's Antistalking Statute: The Pivotal Role of Intent*, in *Golden Gate University Law Review*, 1998, p. 221 ss.

GRANDI C., *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, Giappichelli, 2016.

GROSSO C.F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, Giuffrè, 1961.

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

GROSSO C.F., *Coscienza e volontà ed errore nelle contravvenzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 891 ss.

GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, Giuffrè, 1964.

GROSSO C.F., *La fattispecie di rissa aggravata e l'art. 27 comma 1° della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 607 ss.

GROSSO C.F., *L'introduzione dei delitti di omicidio stradale e lesioni personali stradali*, in *www.asaps.it*, 21 febbraio 2012.

GROSSO C.F., *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019, n. 102*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 885 ss.

GROSSO S., *Lack of Statutory Foundation, Vagueness, and Violation of the Rule of Lenity of California Second Degree Felony Murder*, in *Global Jurist*, 2019.

GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, Giappichelli, 2012.

GUERINI T., *Il delitto di atti persecutori. Tra carenza di determinatezza e* marketing *penale*, in *Ius17@unibo.it*, 2012, 2 (*Stalking nelle relazioni di intimità*, a cura di VIRGILIO M.), p. 17 ss.

GUERINI T., Fake news *e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, Giappichelli, 2020.

Gülde H., *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts*, in *Juristiche Wochenschrift*, 1938, p. 2785 ss.

Gullo A., *La Cassazione e i mutamenti genetici del reato di diffamazione a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 473 ss.

Gullo A., *Il reato proprio. Dai problemi «tradizionali» alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2005.

Gullo A., *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, Aracne, 2013.

Gullo A., *Diffamazione e pena detentiva*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2016.

Gullo A., *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 31 ss.

Hart H.L.A., Honoré T., *Causation in the Law*, 2ª ed., New York, Oxford University Press, 1985.

Hassemer W., *Le caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 481 ss.

Hassemer W., *Perché punire è necessario*, Bologna, il Mulino, 2012.

Herring J., *Criminal Law*, 10th ed., London, Palgrave, 2017.

Herzberg R.D., *Der Vorsatz als "Schuldform", als "aliud" zur Fahrlässigkeit und als "Wissen und Wollen"?*, in Roxin C., Widmaier G. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, München, Beck, 2000, p. 51 ss.

Herzberg R., *Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, p. 568 ss.

Hofverberg E., *Sweden: Supreme Court Defines Negligent Rape*, in *Global Legal Monitor*, 17 luglio 2019.

Honig R.M., *Kausalität und objektive Zurechnung*, in A. Hegler (Hrsg.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, I, Tübingen, Mohr, 1930, p. 174 ss.

Horder J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2016.

Hörnle T., *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

Hörnle T., *Social Expectations in the Criminal Law: The "Reasonable Person" in a Comparative Perspective*, in *New Criminal Law Review*, 2008, p. 1 ss.

Hörnle T., *Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, p. 626 ss.

Hörnle T., *Guilt and Choice in Criminal Law Theory – A Critical Assessment*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, IV, 1, p. 1 ss.

Hörnle T., *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, in *German Law Journal*, 2017, p. 1309 ss.

Hörnle T., *#MeToo - Implications for Criminal Law?*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, p. 115 ss.

Hörnle T., *Vorsatzfeststellung in "Raser-Fällen"*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018, p. 1576 ss.

Hörnle T., *Raserfälle: Ist Vorsatz verwerflicher als Fahrlässigkeit?*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14 aprile 2018.

Huigens K., *Is Strict Liability Rape Defensible?*, in Duff A., Green S.P. (ed.), *Defining Crimes. Essays on The Special Part of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 196 ss.

Husak D., *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Iacoviello F.M., *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 463 ss.

Iacoviello F.M., *La "Franzese": ovvero quando buone teorie producono cattiva giustizia*, in *Crit. dir.*, 2014, p. 241 ss.

Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979.

Infante E., *Il delitto di contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni (Art. 473)*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, V, Torino, Utet, 2010, p. 214 ss.

Insolera G., *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 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, Jovene, 1989, p. 455 ss.

Insolera G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in Insolera G., Mazzacuva N., Pavarini M., Zanotti M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, 4ª ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 394 ss.

Insolera G., *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 3 ss.

Insolera G., *Oltre il giardino*, in *Ind. pen.*, 2018, p. 1 ss.

Insolera G., *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019.

Insolera P., *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 176 ss.

Insolera P., *Discrezionalità legislativa in materia penale-sanzionatoria ed effettività della tutela dei diritti fondamentali. La Corte prosegue il suo "nuovo corso" e invalida la pena minima dell'art. 73, c. 1, T.U. Stupefacenti*, in *Ind. pen.*, 2019, p. 253 ss.

Insolera P., *Oltre le "rime costituzionali obbligate": la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giur. comm.*, 2020, II, p. 40 ss.

Irti N., *I 'cancelli delle parole'*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

Irti N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

Itzcovich G., *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, p. 97 ss.

Jakobs G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2ª ed., Berlin, New York, de Gruyter, 1991.

Jescheck H.H., Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

Kaufmann Arm., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Schwartz, 1959.

Kaufmann Arth., Bemmann G., Krauss D., Volk K. (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1979, p. 117 ss.

Kindhäuser U., *Imputazione oggettiva e soggettiva nel delitto doloso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 59 ss.

Kindhäuser U., *§ 33*, in Kindhäuser U., Neumann U., Paeffgen H.U. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, I, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 1650 ss.

Kinports K., *Rape and Force: The Forgotten Mens Rea*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2001, p. 755 ss.

Klug U., *Abschied von Kant und Hegel*, in Baumann J. (Hrsg.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main, Fischer Bücherei, 1968, p. 36 ss.

Kollman H., *Die Lehre vom* versari in re illicita *im Rahmen des* Corpus juris canonici, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1914, p. 46 ss.

Krey V., Schneider T., *Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach geltendem und künftigem Rech*t, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, p. 640 ss.

Kostaras A.P., *Ποινικό Δίκαιο. Έννοιες και Θεσμοί του Γενικού Μέρους*, Αθήνα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019.

L'Insalata M., *Art. 661*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XI, Torino, Utet, 2012, p. 117 ss.

Lanzi A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1983.

Lanzi A., Putinati S., *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017.

Lanzi M., Error iuris *e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2018.

Lanzi M., *La disciplina dell'*error iuris *nel diritto penale tributario*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, I, 2ª ed., Milano, Utet, 2019, p. 579 ss.

Larenz K., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Leipzig, Deichert, 1927.

Lascuraín Sánchez J.A., *¿Qué es una violación?*, in *Criminal Justice Network*, 2 ottobre 2018.

Lascuraín Sánchez J.A., *La sentencia de La Manada: ¿todos contentos?*, in *Almacén de derecho*, 4 novembre 2019.

Lascuraín Sánchez J.A., *Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?*, in *Almacén de derecho*, 28 marzo 2020.

Lattanzi G., *L'omicidio stradale. Relazione al convegno sul tema "ipotesi su una nuova figura di reato: l'omicidio stradale", Napoli, 7 marzo 2014*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1978 ss.

Le Goaziou V., *Viol. Que fait la justice?*, Paris, Sciences Po, 2019.

Lee C., *Murder and the Reasonable Man. Passion and Fear in the Criminal Courtroom*, New York, London, New York University Press, 2003.

LeGrand C.E., *Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law*, in *California Law Review*, 1973, p. 919 ss.

Leineri G., *Nota a Cass. pen., Sez. V, 20 marzo 2014, n. 29205*, in *Foro it.*, 2014, II, c. 511.

Leo G., *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2019.

Leone G., *Il reato aberrante (art. 82 e 83 cod. pen.)*, Napoli, Jovene, 1940.

Leoncini I., *Art. 42*, in Padovani T. (a cura di), *Codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 5ª ed., 2011, p. 333 ss.

Liberali B., *Il reato di atti persecutori. Profili costituzionali, applicativi e comparati*, Milano, FrancoAngeli, 2012.

Lo Monte E., *Una nuova figura criminosa: Lo 'stalking' (art. 612*-bis *c.p.). Ovvero l'ennesimo, inutile, 'guazzabuglio normativo'*, in *Ind. pen.*, 2010, p. 479 ss.

Löffler A., *Die Schuldformen des Strafrechts. In vergleichend-historischer und dogmatische Darstellung*, Leipzig, von Hirschfeld, 1895.

Löhr G., *Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Straftatbestandes in Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008.

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.*, 2007, p. 419 ss.

Losappio G., *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di "Atti persecutori". "*Stalking the Stalking*"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 869 ss.

Losappio G., *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2016.

Losappio G., *La "colpa" nel delitto di omicidio stradale*, in *Parola alla difesa*, 2017, p. 171 ss.

Lunghini G., *Art. 42*, in Dolcini E., Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, 4ª ed., I, Assago, Wolters Kluwer, 2015, p. 595 ss.

Luo W., *The Amended and Annotated Criminal Code of the People's Republic of China with Official Interpretations*, 2ª ed., Buffalo, Hein, 2012.

Lupo E., *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente*, in *Dir. sal.*, 2018, 2, p. 37 ss.

MacKinnon C.A., *Sexual Harassment of Working Women. A Case of Sex Discrimination*, Hew Haven, London, Yale University Press, 1979.

MacKinnon C.A., *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, in *Signs*, 1983, p. 635 ss.

Macrì F., *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma*, Firenze, Firenze University Press, 2010.

Macrì F., *La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e "tolleranza zero" verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2016.

Macrì F., *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino, Giappichelli, 2017.

Madeo A., *Il dolo nella concezione "caleidoscopica" della giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 837 ss.

Madeo A., *Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 10 ss.

Madeo A., *Il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della Direttiva 2011/36/CE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Studium iuris*, 2014, p. 1105 ss.

Mädrich M., *Das allgemeine Lebensrisiko. Ein Beitrag zur Lehre von der Haftungsbegrenzung im Schadensersatzrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.

Mahoney M.R., *Misunderstanding Judy Norman: Theory as Cause and Consequence*, in *University of Miami Legal Studies Research Paper No. 17-32*, 2017, p. 1 ss.

Maiwald M., *Non c'è dolo senza colpa. La teoria dell'imputazione oggettiva nella dottrina italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1 ss.

Manacorda S., *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino, Giappichelli, 2008.

Manca G., *La tutela penale della proprietà industriale e della struttura produttiva italiana.* Prospettive e ripercussioni della legge 23 luglio 2009, n. 99, Padova, Cedam, 2009.

Manca G., *Il diritto penale dei marchi e del* made in Italy, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017.

Manca G., *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*. Nel caleidoscopio delle recenti riforme, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019.

Manca M., *Gli effetti collaterali del tabù del sesso. Il problema sono i genitori*, in *AdoleScienza*, 21 febbraio 2018.

Manca V., *La ragionevolezza del dubbio nel delitto di calunnia: criterio di accertamento del dolo o espediente per una responsabilità sostanzialmente colposa?*, in *Arch. Pen.*, 2016, n. 2 (web).

Manes V., *Le violazioni dipendenti da «obiettive condizioni di incertezza» e l'errore nel sistema dei reati tributari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 491 ss.

Manes V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005.

Manes V., *I principi penalistici nel* network *multilivello, trapianto pa-*

lingenesi, cross-fertilization, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 839 ss.

Manes V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012.

Manes V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3474 ss.

Manes V., *Il principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Treccani, in *www.treccani.it*.

Manes V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss.

Manes V., "Common law-isation *del diritto penale"? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in Ambrosetti E.M. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 151 ss.

Manes V., *Diritto penale* no-limits*. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 1/2019, p. 86 ss.

Manes V., *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale*, in Manes V., Napoleoni V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 1 ss.

Manes V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue "insidie"*, in Manes V., Napoleoni V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 171 ss.

Manna A., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, Cedam, 1989.

Manna A., *Tutela penale della personalità*, Bologna, il Mulino, 1993.

Manna A., *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 119 ss.

Manna A., *Il diritto di cronaca, di critica e di denuncia e la diffamazione. Gli "arresti giurisprudenziali"*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3600 ss.

Manna A., *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2004.

Manna A., *La vittima del reato:* «à la recherche» *di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 957 ss.

Manna A., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Ind. pen.*, 2010, p. 9 ss.

Manna A., *Il nuovo delitto di «atti persecutori» e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in Vinciguerra S., Dassano F. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 469 ss.

Manna A., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, Giappichelli, 2011, p. 201 ss.

Manna A., *È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 2 (web).

Manna A., *Problemi vecchi e nuovi in tema di diffamazione a mezzo stampa*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 3 (web).

Manna A., *Dal «decreto Balduzzi» alla rilevanza solo della colpa grave nel diritto penale*, in *La Corte d'Assise*, 2013, p. 217 ss.

Manna A., *Introduzione storica al diritto penale dell'impresa*, in Id. (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, 2ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 3 ss.

Manna A., *La bancarotta impropria societaria*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, II, 2ª ed., Milano, Utet, 2019, p. 2421 ss.

Manna A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2020.

Mannozzi G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, Cedam, 1996.

Mannozzi G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2003.

Mannozzi G., voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 465 ss.

Mannozzi G., Lodigiani G.A., *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, Giappichelli, 2017.

Mantovani F., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 456 ss.

Mantovani F., voce *Colpa*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, Utet, 1988, p. 299 ss.

Mantovani F., Ignorantia legis *scusabile e inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 379 ss.

Mantovani F., *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 767 ss.

Mantovani F., *Diritto penale. Parte generale*, 10ª ed., Assago, Wolters Kluwer-Cedam, 2017.

Mantovani F., *Diritto penale. Parte speciale*, I, 7ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019.

Mantovani M., voce *Violenza privata*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 930 ss.

Mantovani M., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1051 ss.

Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1997.

Mantovani M., *Colpa e preterintenzione*, in Cadoppi A., Carletti E., De Francesco G., Fornasari G., Gamberini A., Guerrini R., Insolera G., Mantovani M., Mazzacuva N., Pavarini M., Stortoni L., Vallini A., Virgilio M., Zanotti M., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, Giappichelli, 2001, p. 198 ss.

Mantovani M., *La colpevolezza nelle contravvenzioni*, in Cadoppi A., Carletti E., De Francesco G., Fornasari G., Gamberini A., Guerrini R., Insolera G., Mantovani M., Mazzacuva N., Pavarini M., Stortoni L., Vallini A., Virgilio M., Zanotti M., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, Giappichelli, 2001, p. 253 ss.

Mantovani M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, Bononia University Press, 2014.

Mantovani M., *In tema di omicidio stradale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015.

Mantovani M., Exceptio veritatis *e scriminante putativa del diritto di cronaca: un problema ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 86 ss.

Mantovani M., *Profili penali del cyberbullismo: la l. 71 del 2017*, in *Ind. pen.*, 2018, p. 475 ss.

Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, I, Utet, Torino, 1933.

Maraver Gómez M., *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, Civitas, 2009.

Marconi G., *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti. La struttura soggettiva*, Milano, Giuffrè, 1993.

Marino G., *Il "filo di Arianna". Dolo specifico e pericolo nel diritto penale della sicurezza*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2018, p. 41 ss.

Marino G., *Il contributo* contra se *della vittima, con particolare riferimen-*

to all'investimento del pedone imprudente, in *Leg. pen.*, 17 gennaio 2020.

Marinucci G., voce *Crollo di costruzioni*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 410 ss.

Marinucci G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965.

Marinucci G., *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, Giuffrè, 1971.

Marinucci G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463 ss.

Marinucci G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss.

Marinucci G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3 ss.

Marinucci G., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 363 ss.

Marinucci G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1 ss.

Marinucci G., Dolcini E., Gatta G.L., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 2019.

Marzano F., *Elogio degli avvocati scritto da un giudice*, Castrovillari, Il Coscile, 2017.

Massaro A., *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in* équipe, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3857 ss.

Massaro A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene, 2013.

Massaro A., *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2016.

Massaro A., *L'art. 590-*sexies *c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 3 (web).

Massaro A., *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1617 ss.

Masucci M., *'Fatto' e 'valore' nella definizione del dolo*, Torino, Giappichelli, 2004.

Mattevi E., *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

MATTEVI E., *Art. 595*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., VENEZIANI P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2340 ss.

MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione "soggettiva" nell'ambito del delitto di atti persecutori (*stalking*)*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 555 ss.

MATTHEUDAKIS M.L., *Il principio di affidamento nella dialettica cautelare tra datore di lavoro e lavoratore: un argine al paternalismo?*, in MANTOVANI M., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., CAIANIELLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 571 ss.

MATTHEUDAKIS M.L., *Ignoranza dell'età della persona offesa*, in CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, 2ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 108 ss.

MATTHEUDAKIS M.L., *Il* bondage *e le "corde" dell'imputazione colpevole*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 549 ss.

MATTHEUDAKIS M.L., *Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto… eventualmente in fuga: anatomia dell'irragionevolezza*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 1 (web).

MATTHEUDAKIS M.L., *Art. 57*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., VENEZIANI P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 363 ss.

MATTHEUDAKIS M.L., *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1220 ss.

MATTHEUDAKIS M.L., *Legittima difesa: il caso del custode della villa di Bazzano*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 30 gennaio 2020.

MAUGERI A.M., *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007.

MAUGERI A.M., *Lo* stalking *tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, Giappichelli, 2010.

MAUGERI A.M., *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in GRASSO G., PICOTTI L., SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 67 ss.

MAUGERI A.M., *La difficoltà di tipizzazione dello stalking nel diritto italiano e comparato*, in *Rass. it. crim.*, 2012, p. 201 ss.

MAYER M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1903.

Mazza O., *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3464 ss.

Mazzacuva Fr., *Un "*hard case*" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540 ss.

Mazzacuva Fr., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, Giappichelli, 2017.

Mazzacuva Fr., *La disciplina penale della prostituzione e i delitti collegati*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 139 ss.

Mazzacuva Fr., *La violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies *c.p.)*, *La disciplina penale della prostituzione e i delitti collegati*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 54 ss.

Mazzacuva Fr., *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2591 ss.

Mazzacuva Fr., *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 417 ss.

Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, Giuffrè, 1983.

Mazzacuva N., voce *Evento*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, Utet, 1990, p. 445 ss.

Mazzacuva N., *L'apparente prossimità della colpa penale a garantismo e* ultima ratio, in Donini M., Orlandi R. (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 35 ss.

Mazzacuva N., *Delitti contro l'economia pubblica*, in Canestrari S., Cornacchia L., Gamberini A., Insolera G., Manes V., Mantovani M., Mazzacuva N., Sgubbi F., Stortoni L., Tagliarini F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 7ª ed., Milano, Monduzzi Editoriale, 2016, p. 439 ss.

Mazzacuva N., *Delitti contro la persona: le altre ipotesi di tutela*, in Canestrari S., Cornacchia L., Gamberini A., Insolera G., Manes V., Mantovani M., Mazzacuva N., Sgubbi F., Stortoni L., Tagliarini F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 7ª ed., Milano, Monduzzi Editoriale, 2016, p. 601 ss.

Mazzacuva N., Amati E., *Diritto penale dell'economia*, 4ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018.

Mazzucato C., *Dalla parte di Caino per una giustizia riparativa*, Agrate Brianza, Centro Formazione e Lavoro A. Grandi, 2018.

Medioli Devoto S., *Ignoranza dell'età della persona offesa (art. 609*-sexies *c.p.)*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Assago, Utet, 2015, p. 851 ss.

Melchionda A., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1433 ss.

Melchionda A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000.

Melchionda A., *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspicate revisioni normative dei confini fra dolo e colpa*, in Cadoppi A. (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, Cedam, 2002, p. 185 ss.

Melchionda A., *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2016, p. 61 ss.

Menghini A., *Actio libera in causa*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2015.

Menghini A., *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

Merli A., *Violenza di genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto e la legge n. 119 del 2013 (c.d. legge sul femminicidio)*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015.

Mezzetti E., *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, in Lattanzi G., Monetti V. (coordinato da), *Corte Penale Internazionale. Organi - competenza - reati - processo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 313 ss.

Mezzetti E., *Colpa per assunzione*, in Dassano F., Vinciguerra S. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 513 ss.

Micheletti D., *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della* Bad Samaritan Jurisprudence, in *Criminalia*, 2011, p. 275 ss.

Micheletti D., *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, p. 39 ss.

Micheletti D., *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, p. 509 ss.

Micoli A., *Il fenomeno dello* stalking. *Aspetti giuridici e psicologici*, Milano, Giuffrè, 2012.

Militello V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1982.

Militello V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988.

Militello V., *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 979 ss.

Minicucci G., *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze, Firenze University Press, 2018.

Minnella C., *Osservazioni* a Cass. pen., Sez. V, 27 novembre 2012, n. 20993, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4447 ss.

Mino A., *La disciplina sanzionatoria dell'attività giornalistica. Dalla responsabilità penale del direttore alla responsabilità da reato dell'ente*, Milano, Giuffrè, 2012.

Moccia S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

Moccia S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.

Moccia S., *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996, n° 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 395 ss.

Moccia S. (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

Monaco L., *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, Jovene, 1984.

Montagni A., *Omicidio o lesioni in caso di sinistro stradale*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Treccani, in *www.treccani.it*.

Monticelli L., *Art. 572*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2090 ss.

Morelli F., *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, Giappichelli, 2014.

Morgante G., *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, Giappichelli, 2013.

Morselli E., *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, Cedam, 1989.

Mossman D., *Stalking, Competence to Stand Trial and Criminal Responsibility*, in Pinals D.A. (ed.), *Stalking. Pshychiatric Perspectives and Pratical Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 164 ss.

Mucciarelli F., *Oltre un discusso "ancorché" le Sezioni Unite della Corte*

di cassazione e la legalità dell'interpretazione: qualche nota, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2016.

Mullen P.E., Pathé M., Purcell R., MacKenzie R., *Lo* stalker*: creazione di una nuova categoria di paura, di reato e di studio*, in Curci P., Galeazzi G.M., Secchi C. (a cura di), *La sindrome delle molestie assillanti (*stalking*)*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 21 ss.

Mullen P.E., Pathé M., Purcell R., Stuart G.W., *Study of Stalkers*, in *American Journal of Psichiatry*, 1999, p. 1244 ss.

Muñoz Ruiz J., *El delito de conducción temeraria. Análisis dogmático y jurisprudencial*, Madrid, Dykinson, 2014.

Muscatiello V.B., *Il cosiddetto* stalking, in Vinciguerra S., Dassano F. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 563 ss.

Musco E., voce *Stampa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 633 ss.

Naka Y., *Die Appellfunktion des Tatbestandvorsatzes*, in *JuristenZeitung*, 1961, p. 210 ss.

Napoleoni V., *Il sindacato di legittimità costituzionale* in malam partem, in Manes V., Napoleoni V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 407 ss.

Napoleoni V., *L'onere di interpretazione conforme*, in Manes V., Napoleoni V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 32 ss. e 49 ss.

Nappi A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2010.

Neppi Modona G., *Il reato impossibile*, Milano, Giuffrè, 1965.

Neumann U., § 17, in Kindhäuser U., Neumann U., Paeffgen H.U. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, I, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 841 ss.

Niese W., *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, Mohr, 1951.

Nieto Martín A., *Proportionality*, in Sicurella R., Mitsilegas V., Parizot R., Lucifora A. (ed.), *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU. A Guide for Legal Practitioners*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 73 ss.

Nisco A., *"Principio di proporzionalità" ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia di incesto*, in Fondaroli D. (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, Cedam, 2009, p. 147 ss.

Nisco A., *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, Giappichelli, 2012.

Nisco A., *Gli eventi del reato di atti persecutori tra disorientamenti applicativi ed apporto delle scienze empirico-sociali*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 1 (web).

Nisco A., *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, Torino, Giappichelli, 2019

Notaro D., *I nuovi reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali: norme "manifesto" o specializzazione dello statuto colposo?*, in *Leg. pen.*, 28 luglio 2016.

Nowakowski F., *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, in *JuristenZeitung*, 1958, p. 335 ss.

Nuvolone P., *Le due forme dell'eccesso colposo*, in *Giust. pen.*, 1949, II, c. 803 ss.

Nuvolone P., *Reati di stampa*, Milano, Giuffrè, 1951.

Nuvolone P., *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1955.

Ormerod D., Laird K., *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., New York, Oxford University Press, 2015.

Pace A., *Le* escort *di S.B., ma Aspasia e Pericle*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1614 ss.

Padovani T., *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 819 ss.

Padovani T., *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè, 1981.

Padovani T., *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta nel reato colposo*, in *Cass. pen.*, 1981, p. 497 ss.

Padovani T., *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una* fictio *assurda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 429 ss.

Padovani T., *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in Marinucci G., Dolcini E. (a cura di), *Il diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 453 ss.

Padovani T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 798 ss.

Padovani T., *Tutela di beni e di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 670 ss.

Padovani T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, p. 449 ss.

Padovani T., *L'ignoranza dei doveri militari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1989, p. 641 ss.

Padovani T., voce *Delitti e contravvenzioni*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, Utet, 1989, p. 321 ss.

Padovani T., voce *Difesa legittima*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, Utet, 1989, p. 496 ss.

Padovani T., *Diritto penale*, 12ª ed., Milano, Giuffrè, 2019.

Padovani T., Stortoni L., *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, il Mulino, 2006.

Pagella C., *Concorso dell'extraneus nel reato proprio: la Cassazione rilegge l'art. 117 c.p. alla luce del principio di colpevolezza*, in *Sist. pen.*, 18 dicembre 2019.

Pagliaro A., *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960.

Pagliaro A., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, Giuffrè, 1966.

Pagliaro A., *Dolo ed errore: problemi in giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2493 ss.

Pagliaro A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 2003.

Palazzo F., *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, Giuffrè, 1974.

Palazzo F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*. La fattispecie, Padova, Cedam, 1979.

Palazzo F., voce *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 294 ss.

Palazzo F., Ignorantia legis: *vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 920 ss.

Palazzo F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. fior.*, 2007, p. 1279 ss.

Palazzo F., *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in Conte G., Landini S. (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, I, Mantova, Universitas Studiorum, 2017, p. 311 ss.

Palazzo F., *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in Cadoppi A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017, p. 67 ss.

Palazzo F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Torino, Giappichelli, 2018.

Palazzo F., Papa M., *Lezioni di diritto penale comparato*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2013.

Palazzo F., Viganò F., *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2018.

Paliero C.E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 726 ss.

Paliero C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.

Paliero C.E., *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica* versus *deontica realistica*, in *disCrimen*, 9 marzo 2020.

Palma A., *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, Jovene, 2016.

Palumbieri S.R., *Art. 602 quater*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2484.

Palumbieri S.R., *Art.* 609 *bis*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2523 ss.

Palumbieri S.R., *Art.* 609 *quater*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2549 ss.

Palumbieri S.R., *Art. 609 quinquies*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2561 ss.

Palumbieri S.R., *Art. 609 sexies*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2571 ss.

Palumbieri S.R., *Art. 609 nonies*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2590 ss.

Panebianco G., *Il principio* nulla poena sine culpa *al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1326 ss.

Papa M., *Quando c'è l'ebrezza il consenso della vittima è sempre anomalo: i limiti delle nostre leggi*, in *www.repubblica.it*, 15 settembre 2017.

Papa M, *Dal codice penale "scheumorfico" alle* playlist*. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, p. 129 ss.

Papa M., *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *Criminalia*, 2018, p. 213 ss.

Parmiggiani M.C., Rape by omission*, ovvero lo "stupro omissivo": note a margine di un recente caso californiano*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 311 ss.

Paulesu P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2008.

Pawlik M., Cornacchia L. (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

Peccioli A., *Il delitto di* stalking*: prime applicazioni nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1308 ss.

Peccioli A., Stalking*: bilancio di un anno dall'entrata in vigore*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 399 ss.

Peccioli A., *Gli interventi legislativi di* restyling *dei reati colposi stradali*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, Speciale *Dolo e colpa negli incidenti stradali*, p. 36 ss.

Peccioli A., *La tutela delle vittime vulnerabili nei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 879 ss.

Pecorella G., *Formule di proscioglimento e "giusto processo"*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 650 ss.

Pedrazzi C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, Giuffrè, 1955.

Pedrazzi C., *Ontologia fuori luogo (A proposito di una contravvenzione punita con la multa)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 68 ss.

Pedrazzi C., *Art. 223*, in Pedrazzi C., Sgubbi F., *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1995, p. 255 ss.

Pedrazzi C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265 ss.

Pelissero M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, Giuffrè, 2004.

Pelissero M., *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 978 ss.

Pelissero M., *Art. 116*, in Forti G., Seminara S., Zuccalà G., *Commentario breve al codice penale*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 516 ss.

Pelissero M., Bondage *e sadomasochismo: i limiti della responsabilità penale tra fine di piacere e libero consenso*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 350 ss.

Pérez Alonso E., *Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales*, in *InDret*, 3/2019.

Pérez Barberá G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

Perin A., *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di* chances*"*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 2 (web).

Perini C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010.

Perini C., Fake news *e post-verità. Tra diritto penale e politica criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2017.

Perron W., Eisele J., *§ 33*, in *Schönke/Schröder Strafrechtgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., München, Beck, 2019, p. 677 ss.

Petrini D., *Rischi di responsabilità oggettiva nell'accertamento della colpa del datore di lavoro e dei dirigenti*, in Bartoli R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 285 ss.

Petrini D., *La colpa*, in Grosso C.F., Pelissero M., Petrini D., Pisa P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 349 ss.

Picotti L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993.

Picotti L., *Il principio di proporzione fra delitti e pene quale limite di legittimazione del potere punitivo nel pensiero di Cesare Beccaria*, in Id., *Alle radici del diritto penale moderno. L'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 63 ss.

Pierdonati M., *Accertamento del dolo e responsabilità "senza prova" nella struttura della diffamazione*, Roma, Aracne, 2008.

Pierdonati M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, Jovene, 2012.

Piergallini C., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1473 ss.

Piergallini C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004.

Piergallini C., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684 ss.

Piergallini C., *"Civile" e "Penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1299 ss.

Piergallini C., *Attività giornalistica e responsabilità dell'ente*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 105 ss.

Piergallini C., voce *Colpa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 222 ss.

Piergallini C., *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli* self restraint *e imbarazzanti silenzi*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1199 ss.

Pierri P., *L'ignoranza dell'età del minore nei delitti sessuali*, Bari, Cacucci, 2009.

Pioletti U., *Dolo eventuale e colpa cosciente in una pronuncia della Corte d'appello di Roma*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1891 ss.

Piras P., *Percentuali a occhio e occhio alle percentuali: le pseudo leggi scientifiche*, in *Dir. pen. cont.*, 27 gennaio 2015.

Piras P., *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2018.

Pisa P., *Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 285 ss.

Pisa P., *Responsabilità oggettiva nell'omicidio preterintenzionale e per morte conseguente ad altro delitto doloso*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 322 ss.

Pisa P., *Duplice svolta giurisprudenziale a proposito di usura e art. 586 c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 86 ss.

Pisa P., *La legittima difesa tra* Far West *ed Europa*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 797 ss.

Pisa P., *Punibilità della ricettazione a titolo di dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 826 ss.

Pisa P., *Incidenti stradali e dolo eventuale: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, Speciale *Dolo e colpa negli incidenti stradali*, p. 13 ss.

Pisa P., *Una nuova stagione di "miniriforme"*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1421 ss.

Pisa P., *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 145 ss.

Pisa P., *Cause di giustificazione*, in Grosso C.F., Pelissero M., Petrini D., Pisa P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 279 ss.

Pisa P., *Ipotesi di responsabilità anomala*, in Grosso C.F., Pelissero M., Petrini D., Pisa P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 387 ss.

Pisa P., *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, I, 6ª ed. (con la collaborazione di Peccioli A.), Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018.

Pisani G., *Il mobbing come stalking: prospettive e limiti*, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2016.

Pisani N., *L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello Statuto della Corte internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1370 ss.

Pisapia G., *Equilibri (e squilibri) dottrinali e giurisprudenziali nell'applicazione della normativa sulle formule di proscioglimento*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 653 ss.

Pisapia G.D., *Omesso versamento di contributi Ina-casa: delitto o contravvenzione?*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 619 ss.

Pistilli N., *Profili penali della colpa stradale*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019.

Pittaro P., *Introdotta la disciplina penale dello* stalking *dalle misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 659 ss.

Pittaro P., *La Consulta introduce nei reati sessuali l'ignoranza inevitabile dell'età del minore*, *Fam. dir.*, 2007, p. 983 ss.

Plantamura V., *L'omicidio per legittima difesa (II parte)*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 1 (web).

Plantamura V., *L'omicidio preterintenzionale*. Pure come *species* del *genus* "omicidio improvviso", Pisa, Pisa University Press, 2016.

Poli P.F., *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 903 ss.

Porges S.W., *La teoria polivagale. Fondamenti neurofisiologici delle emozioni, dell'attaccamento, della comunicazione e dell'autoregolazione*, Roma, Fioriti, 2014.

Pradel J., *Il delitto di messa in pericolo di terzi*, in Cadoppi A. (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, Cedam, 2002, p. 153 ss.

Pradel J., *Droit pénal général*, 22ª ed., Paris, Éditions Cujas, 2019.

Presno Linera M.A., *¿Son legítimas las sentencias juzgadas socialmente como injustas?*, in *Almacén de derecho*, 6 novembre 2018.

Preziosi S., *Maltrattamenti seguiti da suicidio: oggettivo e soggettivo nell'imputazione dell'evento ulteriore, sullo sfondo della colpevolezza d'autore*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1987 ss.

Preziosi S., *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo d'evento*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1985 ss.

Prosdocimi S., Dolus eventualis. *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993.

Prosdocimi S., voce *Reato doloso*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, Utet, 1996, p. 235 ss.

Provera A., *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, Jovene, 2018.

Pulitanò D., voce *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 23 ss.

Pulitanò D., *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1974, p. 499 ss.

Pulitanò D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976.

Pulitanò D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.

Pulitanò D., *Un nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di errore*, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 1501 ss.

Pulitanò D., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 778 ss.

Pulitanò D., *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1231 ss.

Pulitanò D., *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 22 ss.

Pulitanò D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 123 ss.

Pulitanò D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*; *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2017, p. 48 ss.

Pulitanò D., *Diritto penale*, 8ª ed., Torino, Giappichelli, 2019.

Pulitanò D., *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 205 ss.

Puppe I., § 15, in U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, I, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 719 ss

Puppo F. (a cura di), *La Contradizion che non Consente. Forme del sapere e valore del principio di non contraddizione*, Milano, FrancoAngeli, 2010.

Putinati S., *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, Giappichelli, 2008.

Radbruch G., *Erfolgshaftung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*. *Allgemeiner Teil. Band II*, Berlin, Liebmann, 1908, p. 227 ss.

Raffaele S., *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomati-*

ci". Note sulla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2015, p. 402 ss.

Raffaele S., *Essenza e confini del dolo*, Milano, Giuffrè, 2018.

Ramacci F., *I delitti di omicidio*, 4ª ed. (a cura di Longari C.), Torino, Giappichelli, 2016.

Ramacci F., *Corso di diritto penale*, 6ª ed. (a cura di Guerrini R.), Torino, Giappichelli, 2017.

Rampioni R., *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Padova, Cedam, 2007.

Rampioni R., *Diritto penale dell'economia e principi informatori del sistema penale*, in Id. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2019, p. 1 ss.

Recchia N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, in corso di pubblicazione.

Relazione sul Libro I del Progetto, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929.

Rengier R., *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, Mohr, 1986.

Rescigno G.U., *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della* lex mitior *in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3795 ss.

Riondato S., voce *Rovina di edifici e omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, p. 159 ss.

Risicato L., *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 132 ss.

Risicato L., Error aetatis *e principio di colpevolezza: un* perseverare diabolicum*?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 584 ss.

Risicato L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

Risicato L., *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris*: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1465 ss.

Risicato L., *La colpa*, in de Vero G. (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, in Palazzo F., Paliero C.E. (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, I, Torino, Giappichelli, 2010, p. 209 ss.

Risicato L., *L'attività medica di* équipe *tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, Giappichelli, 2013.

Risicato L., *L'errore di fatto, di diritto, su legge extrapenale e su legge penale*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, Torino, Utet, 2013, p. 581 ss.

Risicato L., *Art. 113*, in Forti G., Seminara S., Zuccalà G., *Commentario breve al codice penale*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 507 ss.

Risicato L., *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2201 ss.

Risicato L., *Le Sezioni unite salvano la rilevanza* in bonam partem *dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.*, 2018, p. 948 ss.

Risicato L., *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Leg. pen.*, 28 giugno 2019.

Roach K., *Criminal Law*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2018.

Robinson P.H., *Strict Liability's Criminogenic Effect*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2018, p. 411 ss.

Robinson P.H., Grall J.A., *Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond*, in *Stanford Law Review*, 1983, p. 681 ss.

Robinson P.H., Williams T.S., *Mapping American Criminal Law. Variations across the 50 States*, Santa Barbara, Praeger, 2018, p. 207 ss.

Rodríguez Vázquez V., *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Roiati A., *Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2867 ss.

Roiati A., *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1° giugno 2016.

Roiati A., *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies *c.p.*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 2 (web).

Romano B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 2016.

Romano B., *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2018.

Romano M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2004.

Romano M., *Dolo eventuale e Corte di cassazione a sezioni unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 559 ss.

Ronco M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, Giappichelli, 1979.

Ronco M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, Giappichelli, 1996.

Ronco M., *Descrizioni penali d'azione*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 235 ss.

Ronco M., *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte*, in *Criminalia*, 2007, p. 147 ss.

Ronco M., *Cenni storici sulla colpevolezza «fondante» e sulla colpevolezza «graduante»*, in *Ind. pen.*, 2011, p. 7 ss.

Ronco M., *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1953 ss.

Ronco M., *Problemi attuali del diritto penale dell'economia*, in Ambrosetti E.M., Mezzetti E., Ronco M., *Diritto penale dell'impresa*, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 2016, p. 1 ss.

Rook P., Ward R., *Sexual Offences. Law & Practice*, 5th ed., London, Sweet & Maxwell, 2016.

Ross A., *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, Giuffrè, 1972.

Rossi A., *Causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto di operazioni dolose': peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 429 ss.

Roxin C., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikte*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1962, p. 411 ss.

Roxin C., *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, Schwartz, 1970, p. 133 ss.

Roxin C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., Berlin, de Gruyter, 1973.

Roxin C., *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1973, p. 316 ss.

Roxin C., *Bemerkungen zur actio libera in causa*, in W. Küper (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 1987, p. 307 ss.

Roxin C., *Antigiuridicità e cause di giustificazione* (a cura di Moccia S.), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., München, Beck, 2006.

RUGA RIVA C., *Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1/2019, p. 206 ss.

RUGGIERO G., *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

RUGGIERO R.A., *Lo sbarco del taser in Italia: i diritti (non) presi sul serio*, in *Sist. pen.*, 20 marzo 2020.

RUSSO L., *Art. 600 bis*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., VENEZIANI P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 2384 ss.

SABATINI G., *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*, Milano, Vallardi, 1961.

SALCUNI G., *Il "silenzio" del rischio, la "loquacità" del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa, Pisa University Press, 2017.

SALCUNI G., *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-*sexies *c.p.*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 2 (web).

SALVADORI I., *L'adescamento di minori. Il contrasto al* child-grooming *tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Torino, Giappichelli, 2018.

SANTALUCIA G., *L'errore nell'uso della formula assolutoria: quale spazio per l'impugnazione della parte civile?*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 897 ss.

SANTANGELO A., *Ai confini tra* common law *e* civil law*: la prevedibilità del divieto nelle giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 332 ss.

SAX W., *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in BETTERMANN K.A., NIPPERDEY H.C., SCHEUNER U. (Hrsg.), *Die Grundrechte*, III, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 992 ss.

SCAGLIARINI S. (a cura di), Smart roads *e* driverless cars*: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, Torino, Giappichelli, 2019.

SCHIAFFO F., *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1003 ss.

SCHIAFFO F., *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, Jovene, 1998.

SCHULHOFER S.J., *Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and beyond*, in *Law and Philosophy*, 1992, p. 35 ss.

Schulhofer S.J., *The Feminist Challenge in Criminal Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, p. 2151 ss.

Schulhofer S.J., *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of the Law*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1998.

Schulhofer S.J., *Reforming the Law of Rape*, in *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2017, p. 335 ss.

Schumann H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, Mohr, 1986.

Schünemann B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 435 ss.

Schünemann B., *Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrecht*, in Kaufmann Arth., Bemmann G., Krauss D., Volk K. (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1979, p. 117 ss.

Selvaggi N., *Dominabilità dell'atto e comportamento colposo. Osservazioni su un rapporto sistematico non sempre chiaro*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1221 ss.

Seminara S., *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012.

Sergioli G., *Fallacie argomentative*, in *APhEx*, 12/2015.

Severino di Benedetto P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988.

Sgubbi F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975.

Sgubbi F., *Il reato come rischio sociale*, Bologna, il Mulino, 1990.

Sgubbi F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, il Mulino, 2019.

Sicurella R., Nulla poena sine culpa*: un véritable principe commun européen?*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 2002, p. 15 ss.

Sicurella R., *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, Giuffrè, 2008.

Silva C., *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, Cedam, 2014.

Silva C., *Responsabilità colposa e principio di affidamento. La controversa applicazione nell'attività medica di* équipe, in Ambrosetti E.M. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 455 ss.

Silva C., *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, Giappichelli, 2018.

Silva Sánchez J.M., *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato?*

Introduzione al dibattito sulla vittimodogmatica, in *Arch. Pen.*, 1988, p. 663 ss.

Silva Sánchez J.M., *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*, in *InDret*, 2/2007.

Silva Sánchez J.M., *¿Despenalización de las imprudencias leves?*, in *InDret*, 4/2009.

Silvestri G., *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 17 giugno 2016.

Simons K.W., *Should the Model Penal Code's* Mens Rea *Provisions Be Amended?*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2003, p. 179 ss.

Singer R.G., La Fond J.Q., Baughman S.B., *Criminal Law*, 7ª ed., New York, Wolters Kluwer, 2018.

Siniscalco M., *La struttura del delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 1959.

Sotis C., *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come programmi d'azione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1149 ss.

Sotis C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1/2012, p. 111 ss.

Sotis C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1346 ss.

Sotis C., *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, in *Questione giustizia*, 4/2018, p. 68 ss.

Spagnolo G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, Cedam, 1980.

Spagnolo G., *La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 72 ss.

Spasari M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1966.

Spena A., Accidentalia delicti*? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 639 ss.

Spena A., *Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle*, in *Dir. & quest. pubb.*, 2010, p. 497 ss.

Spohn V., *Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz*, Baden-Baden, Nomos, 2017.

Squillaci E., *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016.

Staffler L., *Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik. Zur Auslegung der Körperverletzung mit Todesfolge im Rechtsvergleich Deutschland und Italien*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015.

Stampanoni Bassi G., *Osservazioni* a Cass. pen., Sez. I, 8 novembre 2012, n. 31466, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1269 ss.

Stella F., *La "descrizione" dell'evento*, I, *L'offesa – il nesso causale*, Milano, Giuffrè, 1970.

Stella F., voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Treccani, 1991, p. 1 ss.

Stella F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2003.

Stella F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1893 ss.

Stevenson K., Davies A., Gunn M., *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, Jovene, 1989.

Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1976.

Stortoni L., *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1313 ss.

Stortoni L., *Introduzione alla parte speciale*, in Insolera G., Mazzacuva N., Pavarini M., Zanotti M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, 4ª ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 497 ss.

Stortoni L., *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo (che ne è della colpa penale?!)*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 9 ss.

Stortoni L., *Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 379 ss.

Stratenwerth G., *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in Bockelmann P., Gallas W. (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 383 ss.

Stratenwerth G., *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen, Mohr, 1972.

Summerer K., *Causalità ed evitabilità. Formula della* condicio sine qua *non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, Edizioni ETS, 2013.

Summerer K., *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 490 ss.

Szegö A., *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, Cedam, 2003.

Szegö A., *Quando lo stupro è legale: la "marital rape exemption"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 853 ss.

Tamarit Sumalla J., *La víctima en el derecho penal. De la víctimo-dogmáti-*

ca a una dogmática de la víctima, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 1998.

Taslitz A.E., *Willfully Blinded: On Date Rape and Self-Deception*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, 2005, p. 381 ss.

Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, Bononia University Press, 2012.

Tassinari D., *La collisione fra istanze generalpreventive e principi costituzionali nel disegno di legge sul così detto omicidio stradale*, in Curi F. (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, Bononia University Press, 2016, p. 261 ss.

Tesauro A., *Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le sezioni unite optano per la colpa in concreto*, in *Foro it.*, 2009, II, c. 450 ss.

The American Law Institute, *Model Penal Code: Sexual Assault and Related Offenses, Tentative Draft No. 3 (April 6, 2017)*, Philadelphia, The American Law Institute, 2017.

The National Center for Victims of Crime, *The Model Stalking Code Revisited. Responding to the New Realities of Stalking*, Washington, National Center for Victims of Crime, 2007.

Tiedemann K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, Mohr, 1969.

Tordini Cagli S., *Preterintenzione e principio di colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 531 ss.

Tordini Cagli S., *Delitto preterintenzionale e principio di colpevolezza*, in Cadoppi A., Canestrari S. (a cura di), *Casi e materiali di diritto penale*, I, *Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 175 ss.

Tordini Cagli S., *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1148 ss.

Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bononia University Press, 2008.

Tordini Cagli S., *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1060 ss.

Trapani M., *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, I, Torino, Giappichelli, 2006 (ristampa inalterata dell'edizione del 1992, Milano, Giuffrè).

Trapani M., *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1693 ss.

Tumminello L., *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, Giuffrè, 2010.

Turchetti S., *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014.

Turchetti S., *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019.

Valentini V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè, 2012.

Valentini V., *Il diritto penale dei segni distintivi*, Pisa, Pisa University Press, 2018.

Vallini A., *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 477 ss.

Vallini A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, Giappichelli, 2003.

Vallini A., *"Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2012.

Vallini A., *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 151.

Vallini A., *La* mens rea, in Amati E., Costi M., Fronza E., Lobba P., Maculan E., Vallini A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 137 ss.

Valsecchi A., *Il delitto di "atti persecutori" (il cd.* stalking*)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1377 ss.

Valsecchi A., *In tema di stalking*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2010.

Van der Aa S., *New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2017-2018, p. 315 ss.

Vassalli G., *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità obiettiva per fatto proprio*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 1005 ss.

Vassalli G., *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, IV, Milano, Giuffrè, 1967, p. 855 ss.

Vassalli G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 3 ss.

Vassalli G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss.

Vassalli G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 699 ss.

Vassalli G., voce *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, XLIV, 1992, p. 535 ss.

Vassalli G., *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. XII.

Venafro E., *Commento art. 7 D.L. 23.2.2009 N. 11 (*stalking*)*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 482 ss.

Veneziani P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 299 ss.

Veneziani P., *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Padova, Cedam, 1992.

Veneziani P., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium iuris*, 2000, p. 70 ss.

Veneziani P., *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000.

Veneziani P., *Causalità omissiva e causalità della colpa*, in Cadoppi A., Canestrari S. (a cura di), *Casi e materiali di diritto penale*, I, *Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 69 ss.

Veneziani P., *I delitti colposi*, in Marinucci G., Dolcini E. (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, Cedam, 2003.

Veneziani P., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003.

Veneziani P., *Art. 609*-quater *c.p.*, in Cadoppi A. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, p. 639 ss.

Veneziani P., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1969 ss.

Veneziani P., *Le soglie di punibilità nei delitti tributari*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, Jovene, 2011, p. 2139 ss.

Veneziani P., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1224 ss.

Veneziani P., *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in Grosso C.F., Padovani T., Pagliaro A. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, Milano, Giuffrè, 2014.

Veneziani P., *Art. 40*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 230 ss.

Veneziani P., De Bonis S., *I delitti sessuali contro i minorenni*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 69 ss.

Mancini C., *L'elemento intenzionale nella teoria canonistica del reato*, Torino, Giappichelli, 2002.

Venturoli M., *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015.

Verri A., *L'ignoranza dell'età della persona offesa (art. 609*-sexies), in Marinucci G., Dolcini E. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*. Vol. X, Wolters Kluwer-Cedam, Assago, Padova, 2015, p. 443 ss.

Viganò F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, Giuffrè, 2000.

Viganò F., *La tutela penale della libertà individuale*, I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, Giuffrè, 2002.

Viganò F., *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 2001 ss.

Viganò F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1811 ss.

Viganò F., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss.

Viganò F., *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2012.

Viganò F., *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013.

Viganò F., *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014.

Viganò F., *Art. 59. A) Circostanze che escludono la pena*, in Dolcini E., Gatta G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, 4ª ed., I, Assago, Wolters Kluwer, 2015, p. 1177 ss.

Viganò F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016.

Viganò F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2017, p. 61 ss.

Villacampa Estiarte C. (coordinadora), Stalking*: análisis jurídico, feno-*

menológico y victimológico, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Vinciguerra S., *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, Cedam, 1992.

Vinciguerra S. (a cura di), *Il codice penale tedesco*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2003.

Virgilio M., *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto*, Ancona, Nuove Ricerche, 1996.

Visconti A., *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, Giappichelli, 2018.

Vitiello M., *Punishing Sex Offenders: When Good Intentions Go Bad*, in *Arizona State Law Journal*, 2008, p. 651 ss.

Vitiello M., *Defining the Reasonable Person in the Criminal Law: Fighting the Lernaean Hydra*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2010, p. 1435 ss.

Vitiello M., *The Victims' Rights Movement: Skewing Criminal Justice Away from First Principles*, in corso di pubblicazione.

Vizzardi M., *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1351 ss.

Vogliotti M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011.

Von Hentig H., *The Criminal and his Victim. Studies in Sociobiology of Crime*, New Haven, Yale University Press, 1948.

Von Liszt F., *Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess*, in Id., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Liszt*, II, Berlin, Guttentag, 1905, p. 251 ss.

Von Liszt F., *La teoria dello scopo nel diritto penale* (a cura di Calvi A.A.), Milano, Giuffrè, 1962.

Vormbaum T., *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1/2015, p. 51 ss.

Vozza D., *Doppia incriminazione e soglie di punibilità: i reati tributari al vaglio della cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 937 ss.

Walker L.E., *The Battered Woman*, New York, Harper and Row, 1979.

Walker L.E., *The Battered Woman Syndrome*, New York, Springer, 1984.

Weigend T., *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1981, p. 657 ss.

Welzel H., *Das deutsche Strafrecht. Eine sistematische Darstellung*, 11ª ed., Berlin, de Gruyter, 1969.

Welzel H., *Um die Finale Handlungslehre*, Tübingen, Mohr, 1949.

Wenin R., *La diffamazione a mezzo stampa in Germania. Profili penalistici*, in Melchionda A., Pascuzzi G. (a cura di), *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2005, p. 235 ss.

Wenin R., *La* mens rea *nello statuto di Roma. Un'analisi esegetico-sistematica dell'art. 30 in chiave comparata*, Torino, Giappichelli, 2012.

Werle G., Jessberger F., *Völkerstrafrecht*, 5ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.

Wessels J., Beulke W., Satzger H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 49a ed., Heidelberg, Müller, 2019.

Xella C.M., *Italian Criminal Justice System and Sexual Offending: An Overview*, in *Sexual Offender Treatment*, 1-2, 2018.

Zanardelli G., *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, Roma, Ripamonti, 1889.

Zanotti M., *Condizioni di punibilità e responsabilità oggettiva*, in Stile A.M. (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, Jovene, 1989, p. 344 ss.

Zappalà E., *Le formule di proscioglimento: i punti deboli di una continuità legislativa*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 658 ss.

Zecca M., *Dalla colpa cosciente al dolo eventuale: un'ipotesi di omicidio e lesioni personali "stradali" in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011.

Zincani M., *Art. 133*, in Cadoppi A., Canestrari S., Veneziani P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 682 ss.

Zipursky B.C., *Reasonableness in and out of Negligence Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, p. 2131 ss.

Zuffada E., *Il lancio di un gavettone cagiona la morte di un uomo: un nuovo banco di prova per l'accertamento della colpevolezza dell'agente*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017.

SOMMARIO

PARTE I
L'ATTUALE «LEGALITÀ DELLA COLPEVOLEZZA»: LE BASI DELL'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA

Premessa terminologica sulla «legalità della colpevolezza» e sul concetto di imputazione colpevole differenziata, in senso stretto e in senso ampio 7

Capitolo I
LE COORDINATE CODICISTICHE DEGLI ARTT. 42 E 43 C.P.

1. Alla base dell'"imputazione": la *suitas* e le differenze essenziali rispetto al dolo 15
2. La regola della necessaria previsione espressa della colpa (e della preterintenzione) per i delitti 21
3. La definizione legale del delitto doloso 32
   3.1. La pluralità di indici normativi pertinenti e la complessa ricerca di simmetria tra gli elementi intellettivi e l'oggetto del dolo 32
   3.2. La problematica legittimazione del dolo eventuale 45
4. La definizione legale del delitto colposo 55
   4.1. Colpa e volontà 55
   4.2. Il cuore normativo della colpa 56
   4.3. Pertinenza e decisività della violazione cautelare 63
   4.4. La doppia misura della colpa 69
5. Le ragioni dell'indifferenza tra dolo e colpa per le contravvenzioni 75

Capitolo II
LO STATUTO COSTITUZIONALE DELL'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA

1. I rapporti tra il principio di legalità e quello di colpevolezza 93
2. Il tentativo di "correggere" la responsabilità oggettiva tramite una "progressione" della colpa, anche in affiancamento al dolo: l'attuale bipartizione dei criteri principali di imputazione colpevole 113
   2.1. I volti della responsabilità oggettiva e le promiscuità rispetto alla colpa (in particolare la responsabilità oggettiva nelle diverse ipotesi di *versari in re illicita*) 113

2.2. La Corte costituzionale e la tendenza al superamento della responsabilità oggettiva 123
2.3. La portata correttiva del *nullum crimen sine culpa* e l'illecito penale di "risulta" 130
3. La preterintenzione come prototipale ipotesi di imputazione colpevole differenziata in senso stretto 137
3.1. L'inquadramento dell'istituto, tra coordinate legali e costituzionali. Primi cenni alla disciplina di imputazione delle aggravanti 137
3.2. La «contradizion che nol consent[irebb]e». Critica del principio di non contraddizione dell'ordinamento come supposto ostacolo alla configurazione di regole cautelari *in re illicita* 145
3.3. La fisionomia della colpa nel contesto preterintenzionale 156
3.3.1. Lo sviluppo contemporaneo del dibattito e il contributo della sentenza delle Sezioni unite sull'art. 586 c.p. in tema di cessione di sostanze stupefacenti con esito mortale 156
3.3.2. Il comportamento subordinatamente doveroso nella prospettiva delle regole cautelari «proprie» 162
3.3.3. La problematica individuazione di un preciso modello di agente e il grado della *culpa in re illicita* 173
4. Le insidie per il principio di personalità nonostante l'affermazione (teorica) della responsabilità quantomeno per colpa 194
4.1. Alcune problematiche di responsabilità per fatto proprio relative all'imputazione colpevole differenziata: in particolare, il determinante comportamento di un terzo o della vittima ai fini della verificazione dell'evento più grave di quello (già penalmente illecito) voluto 194
4.1.1. Introduzione della problematica e riferimenti alle soluzioni prevalenti in giurisprudenza in tema di errore dei sanitari 194
4.1.2. Dalla causalità all'imputazione: le intuizioni delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento e la competenza per il rischio concretizzatosi nell'evento 200
4.1.3. La dimensione di tipicità colposa e le sue potenzialità selettive: un bilancio provvisorio e parziale 209
4.1.4. Imputazione colposa dell'evento e contributo della vittima 224
4.1.5. Un bilancio ancora provvisorio ma un po' meno parziale sui rapporti tra imputazione colpevole differenziata e responsabilità penale personale 258
4.2. Principio personalistico e colpevolezza graduante: i nervi scoperti dell'imputazione colpevole differenziata sul piano della proporzione sanzionatoria 269
4.2.1. Alcune notazioni metodologiche sulla proporzione tra "colpevolezza" e pena 271
4.2.2. Sull'assioma della maggior gravità di un fatto doloso rispetto alla corrispondente realizzazione colposa dell'illecito. Il problema delle cornici edittali 284
4.2.3. Confronto con una possibile obiezione sull'impronta retributiva del discorso attento alla proporzione: precisazione sulle funzioni della pena e sulle coordinate costituzionali della proporzione tra colpevolezza e pena 295

PARTE II
ALCUNE (ALTRE) IPOTESI PARADIGMATICHE DI IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA: DALLA COLPA RIFERIBILE ALL'EVENTO ALLA COLPA RIFERIBILE A UN DIVERSO ELEMENTO DELL'ILLECITO

Il privilegio nei confronti della tutela penale della persona: le ragioni di una (ulteriore) delimitazione del campo di indagine 309

CAPITOLO III
IL CONTESTO STRADALE E LA DIMENSIONE INTERPRETATIVA DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONE

1. I casi *Lucidi* e *Ignatiuc* e l'"avanzata" del dolo eventuale nel settore della circolazione stradale 313
2. La riforma del 2016 e l'alternativa "strutturale" al dolo eventuale: il reato colposo d'evento con disvalore d'azione qualificato. Il caso *Beti* 317
3. L'"azzardo" quale tratto comune delle ipotesi del comma 5 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.: l'approdo interpretativo alla "preterintenzione strutturalmente rovesciata" 320
4. I residui problemi sul piano della proporzione sanzionatoria 336

CAPITOLO IV
IL DELITTO DI ATTI PERSECUTORI E LA "NORMALITÀ" DI UN DOLO DIMIDIATO

1. La scelta del legislatore italiano di punire lo *stalking* ricorrendo alla tipizzazione di una fattispecie bipolare 339
2. L'erosione giurisprudenziale del dolo d'evento: un indizio dei limiti del modello legislativo prescelto 343
3. La soluzione di altri ordinamenti: il frequente privilegio per un'imputazione anche solo colposa degli effetti dell'agire persecutorio. Il punto di vista della *reasonable person* 349
4. Le reazioni della dottrina italiana di fronte alla limitata funzionalità del modello del delitto doloso d'evento. Ancora sulla plausibilità politico-criminale di uno *stalking* a imputazione colpevole differenziata 353
5. La definitiva preferibilità di un modello ingiunzionale 358

CAPITOLO V
LA TUTELA PENALE DELLA SFERA SESSUALE DEI MINORI E LE IPOTESI DI *IGNORANTIA AETATIS*

1. L'evoluzione della disciplina dell'art. 609-*sexies* c.p. e il corrispondente superamento della responsabilità oggettiva con riferimento all'età della persona offesa dei delitti sessuali: la genesi di un'ipotesi di imputazione colpevole differenziata non riconducibile allo schema preterintenzionale 363
2. La duplice rilevanza sistematica dell'età della persona offesa 367
   2.1. L'età quale elemento costitutivo del reato. Cosa resta del dolo? 367
   2.2. Le interferenze tra la disciplina dell'art. 609-*sexies* c.p. e il dolo specifico 374

2.3. L'età quale elemento circostanziale 383
3. La disciplina "parallela" che fa perno sull'art. 602-*quater* c.p. 386
4. I dettagli dell'ignoranza evitabile dell'età della persona offesa: la fisionomia della colpa, il suo grado e lo spettro della responsabilità oggettiva "occulta" 393
5. I residui profili di dubbia legittimità costituzionale sul piano sanzionatorio 405

CAPITOLO VI
L'IMPUTAZIONE COLPOSA DEI PROFILI DI CONSENSO NEI REATI SESSUALI: UN'INDAGINE COMPARATISTICA IN PROSPETTIVA *DE IURE CONDENDO*

1. I limiti della disciplina vigente 419
2. «La Manada»: la recente casistica spagnola e il relativo contributo al dibattito sulla qualificazione giuridica del fatto 422
3. Quale modello di incriminazione basato sul consenso? Le principali alternative: «no means no»; «(only) yes means yes» 428
4. Sarebbe opportuno punire un errore colposo sul consenso? La convergenza di alcune indicazioni comparatistiche in favore della colpa grave 438
5. Gli spazi per un'imputazione colpevole differenziata 450
6. I diversi livelli di costruzione di una disciplina proporzionata: *extrema ratio* e trattamento sanzionatorio 454

CAPITOLO VII
IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA E SCRIMINANTI

1. Le coordinate normative e sistematiche delle scriminanti putative 459
2. L'*Appellfunktion* della realizzazione dolosa del fatto tipico 469
3. L'*interpretatio abrogans* dell'art. 59, comma 4, c.p. da parte della giurisprudenza: lo svilimento della logica di sussidiarietà della punibilità per colpa tra prevenzione generale e "retribuzione sproporzionata". Un onere probatorio sostanzialmente ripartito? 474
4. La diffamazione a mezzo stampa e l'obbligo di controllo della verità della notizia nel contesto dell'esercizio del diritto di cronaca 480
4.1. Il caso *Sallusti*: un caso paradigmatico per lo sviluppo di una prospettiva *de iure condendo* proporzionata. Un possibile ruolo per la colpa grave 492
4.2. Cenni conclusivi sull'art. 57 c.p.: perché non si tratta di un'ipotesi di imputazione colpevole differenziata, nemmeno in senso ampio 499
5. La legittima difesa e la fisionomia della colpa 502
5.1. La "tormentata" disciplina della legittima difesa 502
5.2. Ulteriori conferme circa il carattere colposo di una rappresentazione irragionevole: il caso *Goetz* 502
5.3. L'approccio difensivo cauto (ossia non colposo), tra necessità, proporzione e «grave turbamento» 508

CAPITOLO VIII
LA DIMENSIONE PLURISOGGETTIVA DELL'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA

1. Una sollecitazione congiunta dei principi di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza 525
2. La disciplina dell'art. 116 c.p., tra necessità di concretizzazione della colpa e problemi di proporzione sanzionatoria 526
3. La disciplina dell'art. 117 c.p. e le recenti sensibilità giurisprudenziali all'interpretazione costituzionalmente conforme 530

CAPITOLO IX
UN'INCURSIONE NEL DIRITTO PENALE "ECONOMICO" PER ALCUNE CONFERME E PER UN'INTEGRAZIONE DEL QUADRO DEGLI ISTITUTI IN GRADO DI ALIMENTARE L'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA

1. Il significato di uno sguardo al di fuori della tutela penale della persona 533
2. Contraffazione e possibilità di conoscere l'esistenza di un titolo di proprietà industriale 535
3. Cenni al problema dell'imputazione parzialmente colposa nel contesto fallimentare e in quello tributario 539

PARTE III
BILANCIO DELL'INDAGINE E PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

CAPITOLO X
SINTESI E RICOMPOSIZIONE DEL QUADRO. L'IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA COME REALTÀ A PLURALITÀ DI MODELLI

1. La distinzione tra imputazione colpevole differenziata in senso stretto e imputazione colpevole differenziata in senso ampio e la sua integrazione con l'ulteriore bipartizione incentrata sulla riferibilità dell'imputazione colposa all'evento o a un elemento diverso dell'illecito: lo schema preterintenzionale e quello inquadrato privilegiando la disciplina dell'*ignorantia aetatis* 545
2. I diversi modelli di imputazione colpevole differenziata e le loro peculiarità alla luce di quattro fattori identitari: edificazione della regola cautelare; plausibilità della limitazione della punibilità a gradi elevati di colpa; polarizzazione dell'illecito a imputazione colpevole differenziata sul dolo o sulla colpa; proporzione sanzionatoria 548
3. Alcune ipotesi (al più) apparentemente pertinenti al contesto dell'imputazione colpevole differenziata: una opportuna precisazione per una ridelimitazione del campo di indagine 555

Capitolo XI
IL RITORNO ALLA «LEGALITÀ DELLA COLPEVOLEZZA». SPUNTI PER UNA MIGLIORE DECLINAZIONE DEI PRINCIPI FONDAMENTALI: IN PARTICOLARE, UNA DISCIPLINA AGGIORNATA PER LE IPOTESI DI IMPUTAZIONE COLPEVOLE DIFFERENZIATA IN SENSO STRETTO

1. La legittimazione esplicita, già nella parte generale, della possibilità di coesistenza di profili di imputazione dolosa e colposa con riferimento alla tipicità, oltre il contesto preterintenzionale 559
2. Uno sguardo comparatistico: le "terze" forme di imputazione colpevole e l'*element analysis* 563
3. La questione aperta dei rapporti con il dolo eventuale. Differenze rispetto alla *recklessness*: istituto che "fonde" sul piano imputativo gli elementi del reato. La possibile convivenza di *recklessness* e imputazione colpevole differenziata 574
4. Le ricadute della legittimazione esplicita dell'imputazione colpevole differenziata sull'applicazione di istituti tradizionali: dal tentativo alle disposizioni riferite al «delitto non colposo» 577

Bibliografia 581

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. Roversi-Monaco F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. Torre V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. Raffiotta E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. Caruso C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. Pedrini F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. Curi F., *Profili penali dello* stress *lavoro-correlato. L'*homo faber *nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. Casale D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. Nicodemo S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. Legnani Annichini A., *«Proxeneta est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. Monducci J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. Mantovani M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. De Donno M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. Pacilli M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. Pištan Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. Bellodi Ansaloni A., *L'arte dell'avvocato,* actor veritatis. *Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. Hoxha D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. Querzola L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. Pieri B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei* consilia *di Paolo da Castro*, 2016.
283. Rasia C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. Drigo C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. Polacchini F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. Calcagnile M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. Villa E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. Vincieri M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. Casale D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. Ganarin M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. Laus F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. Bonacini P., *Multa scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. Gabellini E., *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. Lupoi M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. Dallari F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. Donini A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. Novaro P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. Mattioli F., *Giustiniano, gli* argentarii *e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. Raffiotta E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. Medina M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. Centamore G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. Caruso C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. Mattheudakis M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.

Finito di stampare nel mese di giugno 2020
per i tipi di Bononia University Press

Le ipotesi di responsabilità penale in cui è possibile riscontrare una coesistenza di dolo e colpa rappresentano una realtà tutt'altro che eccezionale nell'ordinamento italiano, a dispetto di una tradizione orientata a distinguere radicalmente tra reato doloso e reato colposo. In una prospettiva diacronica e costituzionalmente orientata, l'indagine evidenzia innanzitutto la duplice origine delle fattispecie a imputazione colpevole differenziata, le quali appaiono, non di rado, il frutto del superamento della responsabilità oggettiva in favore della colpa relativamente a una quota dell'illecito e, in buona parte dei restanti casi, il problematico esito di una parziale deformazione strutturale del dolo. L'analisi progredisce muovendo da un approfondimento della preterintenzione, che consente di mettere a fuoco il modello in cui l'imputazione colposa si riferisce a un evento ulteriore rispetto al fatto voluto, per poi passare a considerare le combinazioni di dolo e colpa in cui quest'ultima si rapporta a un elemento diverso dall'evento, come quelle risultanti dalla disciplina dell'*ignorantia aetatis* nell'ambito dei reati sessuali. L'itinerario si sviluppa mantenendo costante attenzione ad alcuni aspetti, quali l'edificazione della regola cautelare, la limitazione della punibilità a gradi elevati di colpa, la polarizzazione dell'imputazione colpevole differenziata sul dolo o sulla colpa e la proporzione sanzionatoria. Nella parte finale dell'opera viene tracciato un bilancio della ricerca, su cui l'autore fa perno per condensare alcuni spunti che il legislatore potrebbe considerare nell'auspicata prospettiva di riconoscere più esplicitamente e razionalizzare l'imputazione colpevole differenziata, in particolare quella in senso stretto, intesa come combinazione di dolo e colpa interamente attinente alla dimensione della tipicità.

Matteo Leonida Mattheudakis è attualmente docente a contratto di diritto penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna. Dopo la laurea in Giurisprudenza nell'ateneo bolognese, ha conseguito il titolo di dottore di ricerca in diritto penale nell'Università degli Studi di Parma, dove ha continuato a svolgere per alcuni anni attività di ricerca e ha iniziato la propria esperienza didattica. Recentemente è stato titolare di assegno di ricerca in diritto penale presso l'Università di Bologna. Ha svolto diversi periodi di ricerca all'estero, in particolare presso il Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht di Friburgo in Brisgovia e presso la McGeorge School of Law di Sacramento (University of the Pacific). È autore di diverse pubblicazioni, anche in riviste scientifiche straniere, concernenti vari ambiti tematici del diritto penale, con particolare attenzione alla responsabilità dei professionisti sanitari. È membro del Comitato di redazione delle riviste *L'Indice Penale*; *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*; *Penale. Diritto e Procedura*.

ISBN 978-88-6923-598-6

€ 50,00